

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA

Réalisation du gage en matière commerciale

ET DE LA

RÉALISATION DES FONDS DE COMMERCE

D'APRÈS LA LOI DU 17 MARS 1909

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

le lundi 19 juillet 1909, à 2 heures

PAR

Félix CHAMPROMIS

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1909



Digitized by the Internet Archive
in 2026

UNIVERSITÉ DE PARIS

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

Présentée par M. [Nom] [Prénoms]
Né le [Date] à [Lieu]
Docteur en [Discipline]

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

MM.

CAILLEMER, C. ✱, I. ☞, Doyen honoraire, correspondant de l'Institut.

MABIRE, ✱, I. ☞, professeur honoraire.

THALLER, ✱, I. ☞, professeur honoraire.

AUDIBERT, I. ☞, professeur honoraire.

FLURER, I. ☞, doyen, professeur de Droit civil.

GARRAUD, I. ☞, professeur de Droit criminel.

APPLETON (Charles), I. ☞, professeur de Droit romain.

COHENDY, O. ✱, I. ☞, professeur de Droit commercial.

PIC, I. ☞, professeur de Droit international public.

APPLETON (Jean), I. ☞, professeur de Droit administratif.

LAMBERT, A. ☞, professeur d'Histoire générale du Droit français.

BOUVIER, I. ☞, professeur de Science financière et de Législation française des finances.

LAMEIRE, I. ☞, professeur d'Histoire du Droit public et de Droit administratif.

JOSSERAND, I. ☞, professeur de Droit civil, assesseur du Doyen.

BROUILHET, A. ☞, professeur d'Économie politique.

HUVELIN A. ☞, professeur de Droit romain.

LÉVY, A. ☞, professeur de Droit civil.

GONNARD, A. ☞, professeur d'Histoire des Doctrines Économiques et d'Économie politique.

BOUVIER-BANGILLON, I. ☞, professeur de Procédure civile.

BECQ (J.), I. ☞, secrétaire.

MEMBRES DU JURY :

Président : M. COHENDY, *professeur*.

Assesseurs : MM. E. BOUVIER, *professeur*.

A. BOUVIER-BANGILLON, *professeur*.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA

Réalisation du gage en matière commerciale

ET DE LA

RÉALISATION DES FONDS DE COMMERCE

D'APRÈS LA LOI DU 17 MARS 1909

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

le lundi 19 juillet 1909, à 2 heures



PAR

Félix CHAMPROMIS

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1909

BIBLIOGRAPHIE

- Alauzet.** — Commentaire du Code de commerce.
- Aubry et Rau.** — Cours de droit civil français.
- Baudry-Lacantinerie et de Loynes.** — Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée.
- Bédarride.** — Commentaire du Code de commerce.
- Boistel.** — Traité de droit commercial.
- Bravard et Demangeat.** — Traité de droit commercial.
- Corpus juris civilis.*
- Courbis.** — Traité théorique et pratique du nantissement des fonds de commerce.
- Dalloz.** — *Jurisprudence générale.*
— *Répertoire et supplément au répertoire.*
- Garsonnet.** — Traité théorique et pratique de procédure.
Gazette judiciaire et commerciale.
- Girard.** — Manuel élémentaire de droit romain.
- Josseau.** — Traité du Crédit foncier.
Journal des commissaires-priseurs.
- Labori.** — *Répertoire encyclopédique du droit français.*
- Laurent.** — Principes du droit civil français.
- Loyseau.** — Du déguerpissement.
- Lyon-Caen et Renault.** — Traité de droit commercial.
- Maréchal.** — La loi du 17 mars 1909.
- Pardessus.** — Cours de droit commercial.
- Planiol.** — Traité élémentaire de droit civil.
- Pont.** — Petits contrats.
- Pothier.** — Du nantissement.
- Renouard.** — Traité des faillites et banqueroutes.
Répertoire du notariat et de l'enregistrement.
Revue du notariat.
- Robert (Ch.).** — Note dans Dalloz.
- Thaller.** — Traité élémentaire de droit commercial.
- Troplong.** — Traité du nantissement.
- Wahl.** — Note dans Sirey.
-

D E

La Réalisation du gage en matière commerciale

ET DE

LA RÉALISATION DES FONDS DE COMMERCE

D'APRÈS LA LOI DU 17 MARS 1909

INTRODUCTION

On définit le gage un contrat par lequel un débiteur ou un tiers remet à un créancier un objet mobilier corporel ou incorporel, afin de lui conférer le droit de le retenir jusqu'au paiement de la dette, et, si elle n'est pas acquittée, de se faire payer sur le prix de cet objet par préférence aux autres créanciers. Ce contrat, dit contrat de garantie, rentre dans le système général de sûretés organisé par notre législation au profit des créanciers contre leurs débiteurs.

Sans doute, l'obligation a par elle-même pour effet de donner pour gage au créancier le patrimoine entier de son débiteur. Mais les moyens sont nombreux pour ce dernier de compromettre ce gage, et, soit par fraude, soit par négligence, soit tout simplement par inhabileté, de

réduire à néant cette prétendue garantie du créancier. De plus, le patrimoine du débiteur servant de gage à tous ses créanciers sans distinction, ceux-ci peuvent voir leur nombre s'accroître de façon telle, que chacun d'entre eux subissant le concours des autres, trouve en définitive son gage réduit à l'état d'illusion. De là pour lui la nécessité de parer à ces dangers et d'augmenter ses chances de remboursement en se faisant donner des sûretés un peu plus efficaces. Ou bien il se fera adjoindre un second débiteur, garant du premier, c'est le système du cautionnement ; ou bien il se fera concéder un droit réel sur un ou plusieurs biens spécialement désignés du débiteur, c'est le système du gage ou de l'hypothèque. Ainsi, la sûreté du créancier lui vient tantôt d'une autre personne qui s'oblige envers lui à payer au lieu et place du débiteur, si celui-ci ne le fait pas lui-même ; tantôt des biens du débiteur affectés, soit en masse, soit isolément, à sa sûreté particulière et à l'exclusion des autres créanciers. Dans le premier cas la sûreté du créancier est dite sûreté personnelle ; dans le second cas, sûreté réelle.

Le gage rentre ainsi dans les sûretés réelles et participe de toute leur supériorité sur les sûretés personnelles. Celles-ci en effet augmentent bien les chances de remboursement du créancier, en lui donnant un ou plusieurs débiteurs de plus, mais elles ne lui confèrent néanmoins pas de situation privilégiée, car elles ne modifient en rien ses droits, ni vis-à-vis du débiteur, ni vis-à-vis des autres créanciers. Que la caution compromette également son

patrimoine, qu'elle le dissipe ou le fasse disparaître frauduleusement, et le créancier pourra parfaitement demeurer impayé après avoir vu s'évanouir la garantie sur laquelle il avait compté. Il en est tout autrement des sûretés réelles qui, en affectant tel ou tel bien à la garantie du créancier et en lui conférant un droit réel sur ce bien, le prémunissent à la fois contre les agissements du débiteur et contre le concours des autres créanciers.

On comprend qu'avec de telles supériorités, les sûretés réelles aient depuis longtemps conquis les préférences de la pratique. Déjà les Romains, après avoir dès le début préféré les sûretés personnelles, étaient revenus de cette opinion première et déclaraient que « *Plus est cautionis in re quam in persona* ».

De même nos anciens jurisconsultes : « Mieux vaut gage en arche que pleige en place. Pleige plaide, gage rend, et bailler caution est occasion de double procès » ; ou encore « De foi, fi ; de pleige, plaid ; de gage, reconfort ; d'argent comptant paix et accord » (V. Loysel).

Ces avantages des sûretés réelles trouvent leur pleine et entière réalisation dans l'hypothèque, la plus perfectionnée d'entre elles, qui présente sur le gage cette supériorité d'éviter le dessaisissement du débiteur et de donner au créancier un droit de suite sur le bien hypothéqué. Néanmoins, le gage conserve à côté de l'hypothèque toute sa raison d'être et son utilité propre. En effet, si le dessaisissement peut être évité sans danger quand il s'agit d'immeubles ou de navires, c'est-à-dire des biens qu'on ne

fait pas aisément disparaître, il n'en est plus de même pour les objets mobiliers que le débiteur peut facilement cacher ou faire passer en mains tierces, sans que le créancier puisse en aucune façon parer à cet inconvénient. Un seul moyen lui reste d'éviter ce danger, c'est le dessaisissement du débiteur. Et c'est le gage seul qui le lui procure, lui donnant seul ainsi en matière d'objets mobiliers une pleine et entière sécurité. Au surplus, nous verrons que dans plusieurs cas et notamment en matière commerciale, le législateur a su, tout en maintenant l'obligation du dessaisissement, parer à l'un de ses principaux inconvénients : la diminution du crédit qui peut en résulter pour le débiteur.

Le contrat de gage rend surtout d'éminents services au commerce, et le langage ne serait plus de circonstances aujourd'hui, du tribun Gary qui déclarait au Corps législatif en présentant le projet de loi sur le nantissement : « Il y a un petit nombre d'affaires dans lesquelles le créancier se confie plus à la personne qu'aux biens de son débiteur, telles sont les affaires du commerce dans lesquelles une discussion des biens aurait quelquefois autant d'inconvénients pour ce créancier que le non-paiement. » Aujourd'hui, et en matière commerciale plus encore qu'ailleurs, c'est aux biens que l'on se confie plus qu'aux personnes. Quelle que soit la confiance personnelle inspirée par un commerçant, les aléas du commerce sont souvent trop grands pour que cette confiance paraisse suffisante, et le prêteur réclame une sûreté réelle dont la garantie lui paraît bien plus efficace.

Cette sûreté réelle, en matière commerciale, c'est, pour la plupart du temps, le gage.

En effet, la constitution d'une hypothèque n'est pas toujours possible, beaucoup de commerçants ne possèdent pas d'immeubles et plus rares encore sont ceux qui possèdent des navires. D'autre part, même quand elle sera possible, la constitution d'hypothèque rebutera pas mal de créanciers.

D'abord les immeubles ne sont engagés en général par les commerçants qu'à la dernière extrémité. « Etrangère au mouvement commercial, la propriété foncière n'en devient l'auxiliaire et la garantie qu'en faussant les conditions du crédit du négociant. Dans l'état normal d'une maison bien assurée, si sa seule parole ne lui suffit pas pour obtenir confiance, c'est dans la marchandise sur laquelle elle spéculé qu'elle doit placer la base de son crédit. La marchandise ne cesse pas alors de remplir sa destination, elle est la sûreté naturelle offerte aux tiers, et soit qu'elle procure de l'argent par vente, soit qu'elle en procure par un emprunt qu'elle garantit, elle ne sort pas de son office et de son rôle. Mais quand la foi publique recule tout à la fois devant la parole et l'actif commerçable du négociant, quand elle ne consent à prêter que sur la garantie de choses commerçables et propres aux rapports civils, quand il faut que la propriété territoriale vienne en aide au crédit de paiement du négoce, c'est un signal de détresse et de perturbation.

« Aussi les négociants tiennent-ils à honneur de conser-

ver la liberté de leurs immeubles. C'est dans la marchandise qui constitue leur actif qu'ils assoient la confiance offerte aux tiers et la sûreté de leurs transactions. Ils éloignent du mouvement de leur spéculation leurs propriétés foncières, sachant qu'un commerce n'est bon qu'autant qu'il se suffit à lui-même par ses propres ressources (1). »

Pais, le commerce exige dans ses opérations la rapidité, la simplicité, l'économie : toutes qualités qui ne se trouvent guère dans l'hypothèque dont la constitution et la réalisation sont au contraire des sources de complications, de lenteurs et de frais. Et si l'hypothèque des navires est d'une réalisation plus simple et moins coûteuse, elle n'est encore possible que dans certaines parties de la France, où d'ailleurs elle ne s'est même que fort peu développée.

Au contraire le gage, plus que toute autre sûreté, répond aux exigences et aux besoins du commerce. Les commerçants ont nécessairement en mains des marchandises, des effets de commerce, des valeurs mobilières. Ces marchandises qui attendent l'acheteur, ces effets de commerce non encore échus, ces valeurs mobilières, capitaux immobilisés, sont de merveilleux moyens de crédit.

La marchandise surtout réunit les conditions qui rendent le gage facile, commode et sûr. Comme le dit encore Troplong : « Dans sa rapide et vive circulation elle est presque en même temps vendue, expédiée et consignée. Toujours vénale, elle fait plus qu'assurer les écus, elle les

(1) Troplong, *Traité du nantissement*.

représente, elle tient pour ainsi dire leur place. Toujours destinée au mouvement, elle ne craint pas dans les liens du gage une complète et stérile inertie. Quoique engagée, elle peut être déplacée, et, alors même qu'elle est en route, elle attire à elle les capitaux par la transmission du connaissance ou de la lettre de voiture (1). »

Le commerçant trouvera facilement à emprunter sur ces éléments, il les constituera aisément en gage, et leur réalisation beaucoup plus simple, beaucoup plus rapide, et beaucoup moins coûteuse que celle des immeubles ou des navires, décidera souvent à consentir un prêt, le commerçant qu'une constitution d'hypothèque aurait rebuté.

Malgré tous ses avantages, au moment de la rédaction des Codes, le gage n'était encore que fort peu usité dans le commerce. L'opinion publique voyait avec défaveur les personnes, et surtout les commerçants qui empruntaient sur gage. Ce mode d'emprunt apparaissait comme le symptôme d'une situation, critique et proche de la ruine. — D'autre part, le législateur estimait, c'était le langage du tribun Gary au Corps législatif, que dans les affaires du commerce la discussion des biens était de nature à entraîner pour le créancier des inconvénients pires que le non-paiement. — Et il concluait qu'en ces matières, c'était aux sûretés personnelles qu'il convenait de donner la préférence, pour réserver les sûretés réelles aux transactions de la vie civile.

(1) Troplong, *op. cit.*

Sous l'empire de ces idées et en présence du faible développement pris par le gage en matière commerciale, le législateur du Code de commerce n'avait pas cru devoir s'en occuper. Il avait traité seulement la question du privilège du commissionnaire qui repose sur une constitution tacite de gage. Mais sur le gage commercial lui-même il était demeuré muet.

En l'absence de prescriptions spéciales sur ce point, on appliquait, et on appliqua jusqu'en 1863, au gage commercial, les règles posées par le Code civil pour la constitution et la réalisation du gage civil. Cette solution était conforme au principe généralement admis, d'après lequel, dans le silence des lois commerciales et à défaut d'usages contraires, le droit civil doit être appliqué. Mais pour être logique, cette solution n'était pas moins du plus grand inconvénient pour le commerce dont elle entravait la marche par les complications et les lenteurs qu'elle imposait pour la constitution et la réalisation du gage.

On se rendra compte en effet de ces complications et de ces lenteurs par le court exposé qui va suivre des règles imposées par le Code civil pour la réalisation du gage. — Nous laissons de côté la question de la constitution du gage qui ne rentre pas dans l'objet de cette étude.

A lire les travaux préparatoires qui ont précédé le vote du titre du Code civil sur le nantissement, on se rend compte que sur la question de réalisation du gage, le législateur a considéré surtout l'intérêt du débiteur. Il ne faut pas que le créancier puisse lui faire la loi, abuser de

sa situation et s'approprier le gage à l'échéance sans un contrôle rigoureux de la justice. — Lisez l'exposé des motifs de la loi par le conseiller d'Etat Berlier, dans la séance du 22 ventôse an XII : « Que deviendra le gage si le débiteur ne paie pas ? La décision relative à ce point est l'une des plus importantes du projet. Si vous l'adoptez, législateurs, le créancier ne pourra jamais s'approprier le gage de plein droit et par le seul défaut de paiement au terme ; ses droits se borneront à faire ordonner en justice ou que le gage lui restera pour sa valeur estimée par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères, et toute stipulation contraire serait nulle. Les motifs de cette disposition sont faciles à saisir. Le créancier fait la loi à son débiteur ; celui-ci remet un gage dont la valeur est ordinairement supérieure au montant de la dette : le besoin qu'il éprouve et l'espoir qu'il a de retirer le gage en payant, font que le débiteur s'arrête peu à la différence de valeur qui existe entre le gage et la dette. Si pourtant il ne peut payer au terme convenu, et que le gage devienne sans autre formalité la propriété de son créancier, un effet précieux n'aura souvent servi qu'à acquitter une dette modique. Voilà ce qu'il convenait d'empêcher. Le gage, considéré comme un moyen d'assurer l'exécution des engagements est un contrat, favorable sans doute, mais il deviendrait odieux et contraire à l'ordre public si son résultat était d'enrichir le créancier en ruinant le débiteur. On a, il est vrai, paru désirer des exceptions, mais cette règle n'en comporte pas. Si le principe est bon, il faut l'admettre sans restriction et

pourvoir seulement à ce que le recours à la justice soit simple et peu dispendieux ; cet objet ne sera pas négligé dans le Code de procédure. »

De là, les prescriptions posées par l'article 2078 du Code civil pour la réalisation du gage : « Le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage, sauf à lui, à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts ou qu'il sera vendu aux enchères. Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage, ou à en disposer sans les formalités ci-dessus est nulle ». Quant au Code de procédure, il ne pose aucune règle spéciale destinée à simplifier ce recours à justice imposé pour la réalisation. Ses auteurs avaient complètement oublié, au moment de sa rédaction, les promesses du conseiller Berliet.

De tous temps, sans doute, on en avait cette matière songé à protéger le débiteur contre le créancier et déjà dans le droit romain primitif, ce dernier, propriétaire de la chose qui lui avait été aliénée fiduciairement, ne pouvait cependant la vendre à défaut de paiement à l'échéance, sans avoir auparavant dénoncé son intention au débiteur. De même, dans notre ancienne jurisprudence, le créancier gagiste impayé à l'échéance ne pouvait s'approprier le gage. Il devait faire au débiteur commandement de payer, puis si le débiteur ne s'exécutait pas, l'appeler en justice pour voir dire qu'à défaut de paiement dans un délai fixé par le juge, il serait autorisé à faire procéder judi-

ciairement à la vente du gage. Toutefois, par convention expresse, le créancier pouvait par le contrat même de nantissement se faire dispenser du recours à justice.

Le Code a voulu sauvegarder mieux encore les intérêts du débiteur. Il maintient strictement l'obligation du recours à justice et prohibe expressément toute convention contraire. Donc, à l'échéance de la dette, le créancier gageiste ne sera jamais libre de disposer du gage. Il ne peut que s'adresser au juge et conclure soit à ce que le gage lui demeure en paiement jusqu'à due concurrence après une estimation faite par experts, soit à la vente même de ce gage aux enchères. Ce droit d'option laissé au créancier, n'est d'ailleurs pour lui qu'une faculté, et il n'appartient qu'à lui seul. On ne saurait donc le reconnaître au débiteur et pas davantage au juge, à moins pour ce dernier que le créancier ne lui ait posé l'alternative en lui laissant le soin de décider.

Quoi qu'il en soit, et quelque parti que prenne le créancier, il ne peut encore une fois le faire que sous le contrôle de la justice. Il devra donc à l'échéance appeler son débiteur au tribunal où celui-ci pourra faire valoir ses moyens de défense s'il en a. Sans doute l'article 2078 n'exige pas expressément cette mise en cause du débiteur, mais elle est néanmoins reconnue obligatoire pour le créancier, car elle est la conséquence logique de l'instance qui lui est imposée pour parvenir à la réalisation du gage. Il se peut en effet que la dette soit éteinte en totalité ou en partie, ou bien encore que le terme du paiement ait été prorogé.

Autant de moyens de défense qui ne pourront être connus du juge, que si le débiteur est là pour les invoquer.

Le créancier devra donc mettre en cause le débiteur, et l'on estime d'une façon générale qu'il devra suivre en l'occurrence la procédure contradictoire et non la procédure sur requête. On voit déjà par là les lenteurs et les frais qu'entraîne un pareil système de réalisation.

Et ce n'est là que le début. Une fois le créancier et le débiteur arrivés devant le tribunal, deux solutions, avons-nous vu, sont possibles. Ou bien le créancier conclut à ce que le gage lui soit attribué, ou bien il en requiert la vente. S'il conclut à ce que le gage lui soit attribué en paiement, il ne pourra le conserver que jusqu'à due concurrence.

Une estimation devient donc nécessaire qui sera faite par experts. Sans doute, la loi ne déclare pas ici l'expertise obligatoire ; or, l'expertise étant un moyen d'instruction qui ne lie pas le juge, le tribunal pourra toujours dédaigner d'y recourir. Quand il se trouvera suffisamment éclairé sur la valeur du gage, il fixera lui-même cette valeur. Et par là, il est vrai, seront évités de nouveaux frais et de nouvelles complications. Malheureusement il arrivera la plupart du temps que les juges préféreront se rapporter à des appréciateurs plus compétents.

Ils rendront donc un jugement attribuant le gage en paiement au créancier, mais désignant en même temps un ou plusieurs experts pour en fixer la valeur. Et cette nouvelle

mesure retardera encore la solution définitive en la rendant plus coûteuse.

Le jugement ainsi rendu est néanmoins d'ores et déjà translatif de propriété, il tient lieu d'une dation en paiement. A partir de ce jugement, le créancier devient propriétaire du gage que le débiteur ne saurait lui reprendre. L'expertise sert seulement à permettre le règlement de comptes qui doit intervenir entre le débiteur et le créancier. Si l'estimation est supérieure au montant de la dette le créancier est constitué débiteur de l'excédent. Si au contraire elle est inférieure, il reste créancier du surplus.

Si le créancier ne veut point garder la chose engagée, il peut demander que le gage soit vendu aux enchères^{c'est-à-dire} avec publicité et concurrence, ce qui est le meilleur moyen, pour la chose engagée, d'atteindre sa véritable valeur. En agissant ainsi, le créancier use du droit qui appartient à tout créancier impayé de faire vendre les biens de son débiteur. Mais il se trouve ici dans une situation privilégiée résultant de l'affectation spéciale qui lui a été consentie. Il n'est pas obligé, pour arriver à la vente et se payer sur le prix, de suivre la procédure de saisie-exécution. Etant nanti, le créancier gagiste est dispensé de la saisie (1). La formalité de la saisie n'a d'autre but que d'empêcher le débiteur de soustraire ses meubles à l'action de ses créanciers. Une telle formalité ne se comprendrait pas de la part d'un créancier qui a déjà en sa posses-

(1) La question est cependant discutée. — V. Pont, *Petits contrats*, t. II, n° 449 ; Laurent, t. XXVIII, n° 542.

sion le bien à réaliser. On ne saisit pas ce dont on est nanti. Il suffira donc au créancier gagiste de faire ordonner la vente par justice, pour qu'elle ait lieu ensuite aux enchères avec concurrence et publicité. La vente publique devient, en effet, nécessaire pour convertir la chose en argent, permettre que par la concurrence le prix en soit porté à sa véritable valeur et procurer ainsi au créancier le paiement sur lequel il a compté. Dans un cas, la vente aux enchères sera remplacée par la vente en Bourse ; c'est quand il s'agira de réaliser des valeurs qui ne peuvent être négociées que par un agent de change. Cette dernière vente est d'ailleurs aussi avantageuse que la vente aux enchères et fixe d'une façon aussi sûre la valeur du gage.

Telles sont très brièvement résumées les règles de la réalisation du gage en matière civile. On peut se rendre aisément compte, par ce très court exposé, des inconvénients d'un pareil système et voir comme il répondait peu aux besoins du commerce. Que doit être en effet la réalisation du gage en matière commerciale ? Sans doute il convient de veiller à la sécurité du débiteur et de le mettre en garde contre les abus de prêteurs peu scrupuleux. Mais il faut aussi penser un peu au créancier et lui permettre, quand il fait des avances à un commerçant, de rentrer rapidement dans ses fonds par une procédure simple et économique. Rapidité, simplicité, économie, voilà, semble-t-il, la formule qui convient à la réalisation du gage commercial, telle qu'elle devrait être organisée. Rapidité, pour que le créancier puisse sans trop de retard recouvrer son

argent à l'échéance pour laquelle il y a compté ; économie, pour que cette réalisation puisse se faire sans trop de frais, qui, devant toujours être prélevés sur le gage lui-même, diminueraient d'autant sa valeur ; simplicité enfin, pour que la réalisation ne soit pas accompagnée de formalités sans fin, dont la conséquence serait de supprimer les deux qualités précédentes, en multipliant les lenteurs et les frais.

Et ces avantages exigés dans l'intérêt des créanciers se tournent eux-mêmes en profit pour les débiteurs qui trouveront des prêteurs d'autant plus nombreux et plus disposés à leur consentir des avances, que ceux-ci seront plus sûrs, grâce aux conditions que nous venons de dire, de rentrer à l'échéance dans leurs fonds. Or, le système du Code civil ne réunissait guère les qualités qui viennent de nous apparaître comme essentielles pour la bonne organisation de la réalisation du gage.

Cette obligation imposée au créancier de recourir à justice, cette nécessité de poursuivre devant le tribunal une procédure contradictoire, — car on lui refuse la juridiction des référés, de même que la procédure sur requête, — cette expertise également contradictoire qui lui sera imposée quand il voudra se faire attribuer le gage en paiement, que de complications, que de lenteurs, que de frais comme à plaisir accumulés ! Toutes ces précautions, avons-nous vu, avaient été prises dans l'intérêt du débiteur contre les exigences possibles du créancier. On avait voulu, comme on l'a dit, empêcher l'exploitation de la misère par la cupidité.

Mais le résultat de ces précautions fut d'entraver le développement du gage en matière commerciale. En effet, dans le commerce, il importe au prêteur non seulement de savoir qu'il sera remboursé, mais également d'avoir la certitude qu'il le sera à telle époque fixée d'avance ; la date de son remboursement est aussi importante pour lui, que le remboursement lui-même. Or cette certitude d'être payé exactement à l'échéance, ou en tout cas dans un très court délai qui la suivrait, manquait absolument aux créanciers, auxquels s'offraient en perspective les lenteurs d'un procès contradictoire. La conséquence fut que les commerçants refusaient de prêter sur gage, ou ne s'y décidaient qu'en exigeant du débiteur une sûreté de plus grande valeur et des intérêts plus élevés. Les mesures prises pour sauvegarder le débiteur avaient dépassé leur but, la protection qu'on avait voulu lui accorder se retournait contre lui.

Dans cet état de la législation, le commerce se trouvait ainsi privé de ce merveilleux moyen de crédit qu'est l'institution du gage. Dans le début, à cause des idées en vigueur et des habitudes commerciales, cette privation ne se fit pas grandement sentir, et le gage put fonctionner en matière commerciale dans la mesure réduite que nous venons de dire, en empruntant les règles de la législation civile. Néanmoins ce système avec le temps ne pouvait se prolonger, les modifications économiques survenues, les transformations apportées dans l'industrie et par suite dans les habitudes de la fabrication, firent sentir plus vivement

au commerce le parti merveilleux qu'il pouvait tirer du prêt sur gage.

Deux causes surtout rendaient plus intéressant et par suite contribuèrent à développer l'usage du gage : l'accroissement considérable des valeurs mobilières et l'habitude prise par les commerçants de devancer les besoins de leurs ventes, en fabriquant en grosses quantités les marchandises qu'ils entassent dans leurs magasins.

L'accroissement rapide et considérable des valeurs mobilières a provoqué un accroissement parallèle des avances sur titres, si généralement pratiquées aujourd'hui par tous les grands établissements de crédit, et qui ne sont que des emprunts sur gage.

D'autre part, au moment de la rédaction des Codes, les commerçants ne devançaient guère les besoins des consommateurs. On fabriquait au fur et à mesure les marchandises qui devaient être immédiatement écoulées. Aujourd'hui les habitudes sur ce point se sont transformées. Les industriels donnent libre cours à leur production avant même d'être sûrs de pouvoir écouler les marchandises qu'ils entassent. Ces marchandises constituent de véritables capitaux immobilisés, sur le crédit desquels le commerçant a besoin de s'appuyer pour se procurer l'argent nécessaire à la continuation de la fabrication. Il lui sera donc fort utile de pouvoir donner en gage ces marchandises qui lui permettront de trouver des capitaux auprès des prêteurs à qui elles serviront de sûreté.

A ces causes principales qui depuis 1807 ont contribué au développement du gage, il convient d'ajouter la suppression de la contrainte par corps en 1867.

Les créanciers, privés de cette excellente garantie, réclamèrent des surcroîts de sûretés, et ce fut la plupart du temps au gage qu'ils firent appel pour consentir aux emprunteurs les prêts que ceux-ci sollicitaient d'eux.

Sous l'influence des causes que nous avons indiquées, le gage s'était rapidement développé dans le commerce et concurremment à son développement, les inconvénients s'étaient fait plus vivement sentir des conditions imposées pour sa constitution et surtout sa réalisation. L'institution en se développant devait amener des modifications radicales et faire éclater le moule étroit des formes dans lesquelles elle était enserrée.

Ce fut la loi du 23 mai 1863 qui apporta au commerce le remède désiré, en créant enfin pour le gage commercial la législation spéciale depuis si longtemps attendue. Au surplus, la loi de 1863 n'était pas absolument innovatrice. En effet, divers textes, ordonnances ou lois avaient déjà organisé, pour certains cas limitativement prévus, des règles nouvelles et considérablement simplifiées pour la réalisation du gage. Comme on le verra plus loin, un régime de faveur avait été fait en cette matière à la Banque de France, au Crédit foncier, aux Comptoirs d'Escompte et aux magasins généraux. Et le législateur de 1863 ne fit guère qu'étendre d'une façon générale au gage commer-

cial, le système de réalisation simplifiée dont auparavant ces grands établissements étaient seuls à bénéficier.

Dans cette étude, strictement limitée, comme l'indique son titre, à la réalisation du gage, nous étudierons successivement : la réalisation du gage commercial proprement dit, la réalisation des marchandises déposées dans les magasins généraux ; la réalisation du gage établi par la loi au profit de certains établissements de crédit ; enfin la réalisation des fonds de commerce donnés en nantissement.

CHAPITRE PREMIER

RÉALISATION DU GAGE COMMERCIAL PROPREMENT DIT.

Avant la loi du 23 mai 1863, avons-nous vu, le silence du législateur du Code de commerce sur le gage commercial proprement dit avait fait appliquer en cette matière le principe d'après lequel, en l'absence de lois commerciales et à défaut d'usages contraires le droit civil doit être suivi. L'article 2084 du Code civil avait bien déclaré que les dispositions des articles précédents sur le gage n'étaient pas applicables aux matières du commerce. Mais le Code de commerce ne contenait à cet égard que quelques règles particulières aux commissionnaires, de sorte que, faute des lois spéciales auxquelles renvoyait l'article 2084, le gage commercial était assujéti aux mêmes règles que le gage civil. Le commerçant qui voulait réaliser son gage avait donc le choix entre les deux partis que nous avons dit : se le faire attribuer en paiement par justice à dire d'experts ou bien en faire ordonner la vente aux enchères publiques. Le commerce souffrait de ces règles complexes et d'application fort coûteuse, mais il dut néanmoins les subir jusqu'à la promulgation de la loi que nous allons maintenant étudier.

Le 13 mars 1863, le gouvernement impérial déposait enfin un projet de loi sur le gage commercial.

Ce projet est devenu la loi du 23 mai 1863, qui, introduite dans le Code de commerce, a nécessité un remaniement complet du titre VI où elle figure aujourd'hui sous les articles 91, 92 et 93.

La loi du 23 mai 1863 réalisait le désir du législateur de 1804 en écartant en matière commerciale les formalités exigées par le Code civil. L'exposé des motifs expliquait ainsi la nécessité de la réforme : « Le gage était vu avec défaveur en 1808 ; il n'avait pas fait ses preuves à cette époque en matière commerciale ; il n'était pas un des moyens de crédit nécessaires au commerce ou usités par lui : on n'a donc pas sérieusement examiné alors si les formalités qui lui étaient imposées justement en matière civile, étaient aussi bien motivées en matière commerciale. Mais aujourd'hui l'intérêt est devenu sérieux ; le gage est pour le commerçant non seulement une ressource pour sortir d'embarras, mais aussi un moyen fécond d'agrandir et d'activer ses opérations. Il est devenu urgent d'aviser. » Et, ajoute-t-il en substance, puisque les formalités exigées en matière civile ne sont pas absolument nécessaires en matière commerciale pour la sauvegarde des intérêts en jeu, et qu'au contraire elles n'ont d'autre résultat que de gêner et de paralyser le commerce dans une de ses opérations les plus dignes d'intérêt et les plus légitimes, il est juste de les faire disparaître.

La loi de 1863 supprime donc ces formalités soit en ce qui concerne la constitution du gage, soit en ce qui touche sa réalisation. Sur ce dernier point, seul objet de notre

étude, la modification est accomplie par le nouvel article 93, ainsi conçu : « A défaut de paiement à l'échéance, le créancier peut huit jours après une simple signification faite au débiteur et au tiers bailleur de gage, s'il y en a un, faire procéder à la vente publique des objets donnés en gage. Ainsi, l'innovation consiste à dispenser le créancier de recourir à justice, à supprimer l'intervention du tribunal. M. Vernier, rapporteur de la loi, s'exprimait ainsi pour justifier cette réforme : « Si le gage a été si peu pratiqué dans le passé, ne doit-on pas en voir jusqu'à un certain point la cause dans la difficulté opposée au créancier pour son remboursement ? Sans doute ce remboursement est assuré puisqu'il est garanti par la valeur du gage ; mais l'époque où ce remboursement doit être fait est souvent aussi importante pour le prêteur que le remboursement lui-même, et les retards que peut, que doit y apporter un procès nécessaire avec une expertise étaient peu faits pour engager à prêter sur gage. » De là, la règle nouvelle qui dispense le créancier du recours à justice.

Au surplus, cette innovation n'en était pas absolument une. Bien avant 1863, diverses lois étaient intervenues qui avaient supprimé les formalités complexes de la réalisation au profit d'un certain nombre d'établissements de crédit. C'est ainsi qu'en vertu d'une ordonnance royale de 1834, la Banque de France pouvait déjà faire vendre les titres sur lesquels elle avait consenti des avances, dès le lendemain de l'échéance et sans mise en demeure. Le Crédit foncier, dans certains cas limitativement prévus,

jouissait du même privilège ; de même les Comptoirs d'Escompte.

Enfin la loi du 28 mai 1848 sur les magasins généraux donnait à tout créancier gagiste, porteur d'un warrant endossé à son profit, le droit de faire exécuter le gage par vente publique, sans autorisation de justice et huit jours après une signification faite au débiteur. Ainsi l'innovation de la loi du 23 mai 1863 n'était que la généralisation au gage commercial du privilège jusque-là réservé aux magasins généraux.

Après avoir examiné la question de savoir si le droit d'option laissé en matière civile au créancier gagiste qui veut réaliser son nantissement, existe aussi en matière commerciale, nous étudierons successivement dans ce chapitre, la vente du gage aux enchères, la prohibition du pacte comissoire, et le cas spécial de réalisation du gage en matière de faillite.

**§ 1. — La faculté d'option existe-t-elle en
matière commerciale ?**

En matière civile, le créancier a le choix entre deux partis : se faire attribuer le gage en paiement par le tribunal à dire d'experts, ou le faire vendre aux enchères publiques. Le Code de commerce ne semble admettre au contraire qu'une solution : la vente aux enchères. On s'est néanmoins demandé si le créancier impayé à l'échéance pouvait, au lieu de poursuivre la vente, faire ordonner par le tribunal, comme en matière civile, que le gage lui

resterait en paiement à due concurrence après une estimation faite par experts. Sur cette question, la doctrine et la jurisprudence se sont prononcées exactement en sens contraire ; la doctrine disant : « oui », la jurisprudence répondant : « non ».

D'une façon générale, les auteurs sont partisans de l'affirmative et accordent au créancier gagiste commercial la même faculté d'option qu'au créancier gagiste civil. Pour eux, le nouvel article 93 a bien supprimé la nécessité pour le créancier de s'adresser à justice quand il veut exécuter le gage, c'est-à-dire en poursuivre la vente, mais sa portée se borne là. Rien n'indique qu'il ait enlevé au créancier le droit, si bon lui semble, de demander au tribunal l'attribution du gage en paiement. Le Code de commerce a traité l'hypothèse dans laquelle le créancier veut faire vendre le gage, il n'a pas envisagé celle où ce même créancier songerait à se le faire attribuer. Or, pour cette seconde hypothèse, sur laquelle le Code de commerce est resté muet, il y a lieu de continuer comme par le passé, conformément aux principes généraux, l'application de la loi civile, c'est-à-dire de l'article 2078 du Code Napoléon.

Le créancier pourra donc, en suivant les formes imposées par ledit article, s'adresser à justice quand, au lieu de faire vendre le gage, il préférera le garder en paiement. Et pour renforcer son argumentation, la doctrine raisonne d'abord sur les termes mêmes du premier alinéa de l'article 93 nouveau, puis sur le quatrième alinéa du même article.

L'article 93, nous l'avons vu, s'exprime ainsi : « A défaut de paiement à l'échéance, le créancier PEUT, huit jours après une simple signification faite au débiteur et au tiers bailleur de gage, s'il y en a un, faire procéder à la vente publique des objets donnés en gage. » Or, disent les auteurs, ne ressort-il pas clairement de ce texte, qu'il s'agit là d'une simple faculté laissée au créancier. La loi dit qu'il PEUT faire vendre, mais elle ne dit nulle part qu'il DOIT. Et alors, pourquoi, s'il ne veut pas user de cette faculté, lui refuser l'autre parti et lui interdire de s'adresser à justice pour demander l'attribution du gage, quand la loi ne le lui a pas défendu ? Enfin, ajoute-t-on, l'alinéa 4 du nouvel article 93 reproduit littéralement l'alinéa 2 de l'article 2078. « Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus prescrites est nulle. » Or, en matière civile, cette disposition signifie que le gage ne peut pas être attribué au créancier sans l'intervention de la justice et une estimation par experts. Comment pourrait-on admettre alors qu'elle aurait un sens absolument différent dans le Code de commerce où, si l'on admet la thèse inverse, elle voudrait dire alors que le créancier ne peut jamais s'approprier le gage, mais doit toujours le faire réaliser ? Et la doctrine conclut de façon presque unanime au maintien au profit du créancier gagiste commercial du droit d'option laissé par l'article 2078 (1).

(1) V. Baudry, *Du nantissement*, I, n° 152, p. 116 ; Aubry et Rau, IV, p. 712, § 434, texte et note II ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, III, n° 313.

La jurisprudence, au contraire, et nous serions tenté de nous rallier à son système, se prononce catégoriquement pour la négative. C'est un arrêt de la Cour de Toulouse du 27 juillet 1872 qui pose nettement la thèse jurisprudentielle sur ce point.

L'arrêteste y rappelle d'abord l'application des dispositions de la loi civile, qui, dans le silence du Code de commerce avant la loi de 1863, était faite au gage commercial, pour la réglementation duquel elles étaient considérées comme usages commerciaux.

Puis il raisonne ainsi : La loi de 1863 a organisé d'une manière complète le gage commercial, et a eu par conséquent pour effet d'abroger les usages antérieurs établis en cette matière par l'interprétation extensive qui y était faite des articles du Code civil. Or, il est de principe que lorsqu'une loi nouvelle crée sur la même matière un système entier et complet, plus ou moins différent de celui de la loi ancienne, celle-ci est virtuellement abrogée, sans qu'il soit pour cela nécessaire de trouver dans la loi nouvelle une disposition abrogative expresse ou une incompatibilité entre ses prescriptions et celles de la loi ancienne. Il est d'ailleurs inadmissible que dans une loi organisant un système complet sur le gage, le législateur ait voulu accorder au créancier la faculté du choix entre la loi nouvelle et la loi ancienne. Et il ajoute au surplus que si la volonté abrogative du législateur n'est pas formellement exprimée dans la loi, elle l'est au moins, et de la façon la plus claire, dans l'exposé des motifs où le rap-

porteur s'exprime ainsi : « L'article 93 nouveau a une importance qui n'échappera pas à l'attention de la Chambre ; il abroge, en ce qui touche le gage commercial, l'article 2078 du Code aux termes duquel le créancier est obligé de recourir aux tribunaux pour exécuter le gage s'il n'est pas payé. » L'abrogation de l'article 2078 en matière commerciale est ici formellement prononcée, et dorénavant la loi de 1863 sur cette matière doit se suffire à elle-même, sans qu'il soit besoin de recourir à la loi civile, à moins que la loi commerciale ne le dise formellement.

Il est à remarquer d'ailleurs qu'elle le fait dans l'article 94 nouveau où elle exprime formellement l'intention du législateur de conserver sur ce point la disposition de l'article 2075. Si l'on avait voulu maintenir la faculté d'option de l'article 2078, on l'aurait également exprimé dans le nouvel article 93 ; or, on ne l'a pas fait.

Quant aux termes employés dans l'article 93 lui-même, « le créancier PEUT... », ce mot PEUT signifie seulement que le créancier pourra dorénavant faire ce qu'il ne pouvait pas sous le régime antérieur, c'est-à-dire poursuivre la réalisation de la vente *sans s'adresser à justice*, s'affranchir des lenteurs précédemment imposées pour cette même réalisation. Mais c'est là tout le sens de ce mot *peut*, et l'on ne saurait l'interpréter dans le sens d'une disposition permissive, laissant au créancier la faculté de recourir à l'article 2078, pour se faire attribuer le gage, sans méconnaître l'esprit de la loi de 1863 et l'intention du législateur

qui se dégage nettement aussi bien de l'exposé des motifs que des paroles du rapporteur.

Enfin, quant au dernier alinéa de l'article 93, la jurisprudence en tire au contraire la preuve formelle de l'abrogation de l'article 2078 en cette matière. En effet, c'est après avoir établi le mode et les conditions de la vente du gage que cet article ajoute : « Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage sans les formalités ci-dessus prescrites est nulle. » Or, il est clair que si le créancier ne peut s'approprier le gage ou en disposer sans les formalités prescrites dans les deux alinéas de l'article 93, même après l'avoir stipulé par une clause du contrat de nantissement, à plus forte raison ne le peut-il pas davantage, quand il n'a rien stipulé du tout.

Et ainsi la jurisprudence arrive à une conclusion diamétralement opposée à celle de la majorité de la doctrine. Et elle décide que, depuis la loi de 1863, il n'est plus loisible aux tribunaux d'ordonner en matière de gage commercial que l'objet engagé pourra demeurer au créancier gagiste jusqu'à concurrence du montant de la créance, après estimation d'experts, mais que dans tous les cas l'objet donné en gage doit être vendu aux enchères.

§ 2. — Vente du gage aux enchères.

Le créancier gagiste commercial n'a donc plus le choix depuis la loi de 1863 ; une solution unique lui est imposée : faire vendre le gage aux enchères pour se payer

ensuite par préférence sur le prix. Il nous reste à examiner comment sera poursuivie et réalisée cette vente de l'objet engagé.

Nous avons vu en quoi consistait la simplification apportée par la loi de 1863 à la réalisation du gage. Dorénavant le créancier gagiste qui veut poursuivre la vente de l'objet engagé n'est plus obligé de faire ordonner cette vente par le tribunal. Il est dispensé de recourir à justice. « Le créancier peut, huit jours après une simple signification faite au débiteur et au tiers bailleur de gage s'il y en a un, faire procéder à la vente publique des objets donnés en gage. » Cette procédure de réalisation simplifiée s'imposait, nous l'avons dit, au moment où elle fut adoptée d'une façon générale pour tous les contrats de gage faits par un commerçant. Le système antérieur qui, par excès de protection pour le débiteur, avait placé la justice entre lui et le créancier lors de la réalisation, avait dépassé son but. En fait les commerçants, les banquiers et les établissements de crédit non favorisés se refusaient aux opérations de prêt sur gages en grande partie à causes des embarras et des frais qu'entraînait pour la réalisation, la nécessité de recourir à justice.

Par crainte de l'esprit de chicane qui pouvait toujours venir ajourner leur remboursement, les capitalistes s'abstenaient et la protection organisée en faveur du débiteur se retournait contre lui. La simplification imitée de la loi de 1858 sur les warrants, et généralisée en matière commerciale par la loi de 1863, supprimait ces inconvénients,

dégageait l'institution des entraves qui l'avaient empêchée de se développer, et cette bienfaisante transformation s'opérait en sauvegardant à la fois les intérêts des tiers, du créancier et de l'emprunteur lui-même. Les tiers étaient suffisamment protégés par la publicité de la vente qui les avertissait et les mettait en mesure d'aviser, dans le cas où leurs intérêts se trouveraient menacés. Le créancier retrouvait sa liberté d'action et avait dorénavant la certitude de pouvoir, à l'échéance, réaliser le gage, sans les complications, les lenteurs et les frais qui lui étaient antérieurement imposés. Enfin le débiteur était protégé par la sommation et le délai de huitaine, contre une réalisation imprévue et inopinée ; d'autre part, il trouvait dans la vente publique la certitude que l'objet atteindrait son maximum de valeur ; enfin, grâce au surcroît de garantie accordée au créancier, il ne se heurtait plus aux hésitations et aux exigences de ce dernier dans lequel il trouvait dorénavant un prêteur plus facile et moins onéreux.

Ainsi, depuis la loi de 1863, une sommation et l'expiration d'un délai de huitaine, telles sont les seules formalités préalables imposées au créancier pour parvenir à la réalisation de son gage.

Le créancier a le droit de vendre dès l'expiration de la huitaine de la sommation. Mais ce délai n'est pas obligatoire pour lui. C'est un minimum qui lui est imposé, mais rien ne l'empêche de le dépasser si telle est sa volonté. Il peut très bien, même après la sommation, si la dette n'est

pas payée, ne pas réaliser le gage. A fortiori le peut-il après un délai dépassant la huitaine. Il est parfaitement reconnu en doctrine aussi bien qu'en jurisprudence qu'après l'expiration du délai de huitaine imparti par l'article 93, le créancier a la faculté, mais nullement l'obligation de réaliser le gage. Et l'on décide, si le créancier n'a pas réalisé aussitôt après l'expiration du délai de huitaine, que le débiteur n'a pas le droit de se plaindre, ni de réclamer une indemnité à raison de ce que le gage eût pu se vendre un prix plus élevé, dès l'expiration de ce délai. C'est ce qui était encore tout récemment jugé par le tribunal de commerce de Lyon dans une instance où le débiteur reprochait au créancier nanti de n'avoir pas dès l'échéance réalisé son gage, en l'espèce des parts de société, dont la valeur aurait alors couvert sa dette, tandis que par suite de la baisse survenue au jour de la réalisation, elle n'en avait éteint qu'une faible partie (Trib. com. de Lyon, 7 juillet 1908, *Gazette judiciaire et commerciale*, 6 février 1909).

Si simples qu'elles soient, les formalités préalables à la vente du gage peuvent parfois donner lieu à des difficultés considérables, sinon à une impossibilité complète d'exécution. Il peut arriver que le créancier gagiste habite un lieu fort éloigné de la résidence du débiteur, par exemple l'étranger ou les colonies. Il faudra tenir compte alors des délais de distance. Le remboursement du créancier pourra se trouver considérablement retardé, et parfois même il sera rendu complètement aléatoire par les dépréciations

ou les détériorations que peuvent subir les objets donnés en gage. Dans ce cas, l'on décide d'une façon générale que le créancier pourra, comme en matière civile, s'adresser à justice pour obtenir l'autorisation de réaliser sans faire la sommation prescrite. Mais nous avons vu qu'en matière civile on oblige le créancier qui recourt à justice, à employer la procédure contradictoire ; il faudrait donc ici, si l'on voulait appliquer la même règle, que le créancier procédât par voie d'assignation et l'on se heurterait au même inconvénient. Pour l'éviter, on permet au créancier de recourir à la procédure sur requête. Il présentera donc requête au président du tribunal de commerce et ce dernier rendra une ordonnance accordant l'autorisation sollicitée. Le mieux serait peut-être, pour supprimer la difficulté, de convenir à l'avance d'un domicile élu, où à l'échéance serait faite la sommation. On pourrait éviter ainsi l'inconvénient des délais de distance, sans cesser pour cela d'appliquer purement et simplement l'article 93 du Code de commerce.

Dès l'expiration du délai de huitaine, le créancier gagiste peut faire procéder à la vente du gage. La vente doit toujours être faite publiquement. C'est là une prescription impérative de l'article 93 dont on comprend la nécessité pour la sauvegarde des intérêts du débiteur. Il ne faut pas que le créancier puisse procéder à une vente volontaire en ne s'inspirant que de ses convenances personnelles ou de son propre intérêt. Il faut au contraire que les tiers soient avertis par la publicité et puissent intervenir pour

faire atteindre à l'objet son maximum de valeur. Aussi, dans le cas où le créancier aurait procédé à une vente volontaire, le débiteur pourrait, soit faire annuler la vente, sauf aux tiers à invoquer l'article 2279 du Code civil, soit réclamer à titre de dommages-intérêts la différence entre le prix obtenu et le prix qu'on aurait pu obtenir en procédant régulièrement (Aix, 25 mars 1874, D. 75.1.112). Quant aux formes de la vente, elles varient, ainsi que les officiers publics compétents pour y procéder, suivant la nature des objets à réaliser. Il faut pour cela distinguer, suivant qu'il s'agit d'objets mobiliers corporels, de marchandises ou au contraire de meubles incorporels tels que valeurs de Bourse, effets de commerce, brevets d'invention, etc...

Nous examinerons successivement ces différents cas. Quand il s'agit de marchandises, et d'une façon plus générale de meubles corporels quels qu'ils soient, l'article 93, dans ses alinéas 2 et 3, pose les règles qui devront être suivies.

On avait voulu d'abord, dans le projet primitif, distinguer entre le cas où il s'agirait de réaliser des marchandises proprement dites, et celui où il s'agirait au contraire de tous autres meubles corporels. Mais cette distinction qui amenait à régir différemment ces deux cas, soit pour la désignation de l'officier public compétent, soit pour le choix de la juridiction à qui devraient être soumises les difficultés, soit pour le lieu de la vente, fut jugée trop compliquée et repoussée par la commission qui fit adop-

ter le texte actuel. Celui-ci ne distingue plus et les règles qu'il pose s'appliquent à tous les cas de réalisation de meubles corporels, marchandises ou non.

L'article 93, alinéa 2, désigne d'abord en principe le courtier comme seul officier public compétent pour poursuivre cette réalisation. « Le courtier est naturellement désigné, disait l'exposé des motifs, puisque s'agissant d'un gage constitué par un commerçant, dans le plus grand nombre de cas, les objets à vendre seront des marchandises faisant, au moment de la vente, l'objet d'un commerce et que pour vendre des marchandises de cette nature il y a avantage à employer le courtier qui est plus compétent dans ces sortes de ventes et dont le ministère est d'ailleurs moins coûteux que celui des autres officiers publics. »

Ainsi la désignation du courtier paraissait préférable, soit en raison de sa compétence particulière surtout en matière de vente de marchandises, soit en raison de l'économie procurée par son intervention, son ministère étant moins onéreux que celui des autres officiers publics, notaires ou commissaires-priseurs. Néanmoins, il fallait prévoir les cas où ces raisons de préférence accordée aux courtiers seraient mises en défaut, soit par l'obligation où les parties pourraient se trouver de recourir à un autre officier public, soit par l'intérêt même que présenterait pour elles le choix d'un intermédiaire différent.

En effet, il pourra parfaitement arriver qu'il n'y ait pas de courtier dans le lieu où doit se faire la vente du gage.

D'autre part, quand il ne s'agira pas de marchandises proprement dites, mais d'autres meubles dont l'appréciation sera mieux faite par un autre officier public que le courtier, un commissaire-priseur, par exemple, pour les meubles meublants, un notaire pour les brevets d'invention, les parties auront intérêt à n'être pas obligées de recourir aux courtiers. Le législateur de 1863 a prévu ces cas spéciaux, et tout en désignant en principe le courtier comme seul compétent pour la réalisation du gage constitué en meubles corporels, il a réservé aux parties intéressées le droit de faire désigner un autre officier public.

Pour cela, le créancier gagiste n'aura qu'à présenter au président du tribunal de commerce une requête motivée, et celui-ci, par une ordonnance rendue au pied de la requête, désignera pour procéder à la vente l'autre officier public, notaire ou commissaire-priseur, demandé.

Cette exception consentie par la loi uniquement dans l'intérêt des parties et dans le seul but d'assurer à la vente son maximum de sincérité, s'appliquera sans que soient perdus pour cela les autres avantages que procurait l'intervention des courtiers. En effet, le texte de l'article 93 dispose que dans le cas où la vente sera réalisée par un officier public autre qu'un courtier, cet officier, quel qu'il soit, « sera soumis aux dispositions qui régissent les courtiers, relativement aux formes, aux tarifs et à la responsabilité ». Toujours dans l'intérêt de la réalisation, et bien que la loi ne le dise pas expressément, on reconnaît encore au président du tribunal de commerce le droit de dési-

gner pour la vente du gage un lieu plus avantageux que celui où se trouve l'objet engagé.

Cette faculté pourra présenter un intérêt quand il s'agira de tableaux de grande valeur, d'objets d'art, de diamants ou d'autres objets qui se vendront beaucoup mieux à Paris qu'en province. Dans ce cas, et cela est nettement exprimé dans le rapport de M. Vernier, les parties pourront demander au président du tribunal de commerce de désigner Paris comme lieu de la vente, et celui-ci aura la faculté de faire droit à leur demande.

Après avoir désigné l'officier public compétent pour procéder à la vente, l'article 93, § 3, en règle les formes et décide que pour les objets constitués en gage, autre que les valeurs de Bourse, il y aura lieu de faire application des articles 2 à 7 de la loi du 28 mai 1858, relative aux ventes publiques. Un décret du 29 août 1863 a déclaré également applicable à cette vente les articles 3, 6 et 20 à 27 du règlement d'administration publique du 12 mars 1859, modifié par le décret du 30 mai 1863. Par conséquent, les contestations relatives à la vente seront portées devant le tribunal de commerce. Il sera procédé à la vente, soit à la Bourse, soit dans les salles autorisées. Exceptionnellement le courtier pourra vendre sur place, quand il n'y a pas de Bourse ou de salle autorisée dans la commune où se trouve l'objet, ou bien encore quand la marchandise ne pourrait être déplacée sans préjudice pour le vendeur. Un catalogue de la vente sera dressé et signé par le courtier, qui sera remis à tout requérant. Il portera

toutes les indications nécessaires aux acheteurs possibles (art. 23, décret du 30 mars 1863).

Une publicité sera faite par les soins du courtier pour annoncer la vente, et deux jours avant, le public sera admis à visiter les marchandises (art. 21, même décret). Les lots seront au minimum de 100 francs. Les enchères seront reçues et les adjudications faites par le courtier, qui dressera procès-verbal de la vente sur un registre coté et paraphé par le tribunal de commerce.

Faute par l'adjudicataire de payer le prix dans les délais fixés au catalogue, la marchandise est revendue à la folle-enchère et à ses périls et risques, trois jours après une sommation qui lui aura été faite de payer et sans qu'il soit besoin de jugement (art. 27, décret du 12 mars 1859).

Enfin, quand il s'agit de la réalisation d'un gage constitué en marchandises, il y a lieu en outre de tenir compte des règles spéciales sur les ventes publiques de marchandises neuves.

En matière de ventes publiques de marchandises neuves, on sait que la loi distingue la vente publique en détail, et la vente publique en gros.

La vente publique en détail de marchandises neuves ne peut pas avoir lieu sans une autorisation du tribunal de commerce. A tort ou à raison, le législateur les a considérées comme étant de nature à favoriser des spéculations nuisibles à l'intérêt des consommateurs et à la prospérité du commerce. Elles permettent plus facilement de tromper l'acheteur ; elles sont un excellent moyen pour un com-

merçant en mauvaise posture de faire disparaître ses marchandises, seul gage de ses créanciers ; elles peuvent servir aussi à écouler des marchandises provenant du vol. D'autre part, elles seront souvent une cause de grave préjudice pour les petits commerçants par l'encombrement qu'elles produiront nécessairement sur le marché où elles se trouveront brusquement jetées. La loi du 25 juin 1841 les a donc en principe interdites, les soumettant à l'autorisation du tribunal de commerce. Quelques ventes sont cependant permises et dispensées de cette autorisation, elles sont indiquées dans l'article 2 de la loi. Mais on n'y voit pas figurer les ventes des marchandises données en nantissement. Il faut donc décider que pour la vente au détail des marchandises neuves données en gage, il faudra que le créancier gagiste obtienne l'autorisation du tribunal de commerce. A cet effet, il adressera au tribunal une requête à laquelle sera joint un état détaillé des marchandises à vendre. Le tribunal rendra un jugement où il constatera le fait qui donne lieu à la vente, le lieu de son arrondissement où elle se fera. Il pourra même ordonner que les adjudications n'auront lieu que par lots, dont il fixera lui-même l'importance.

Pour les ventes en gros de marchandises neuves, la loi du 28 mai 1838 les laisse libres en principe, sauf à poser ensuite certaines restrictions. Mais ces restrictions ne concernent pas le cas où ces marchandises ont été données en nantissement. Le décret du 29 août 1863, article 3, décide en effet que les dispositions restrictives dont il s'agit et qui concer-

nent soit la nature des marchandises dont la vente en gros est permise, soit l'importance des lots ne s'appliquent pas aux marchandises qui ont fait l'objet d'un gage commercial conformément à la loi du 23 mai 1863. Les ventes en gros faites dans ces circonstances peuvent porter sur des marchés de toute nature, et le minimum de la valeur des lots est alors fixé à 100 francs, tandis que lorsqu'il ne s'agit pas de choses constituées en gage il est, suivant le cas, de 200, 300 et parfois même de 500 francs.

Si le gage consiste en meubles incorporels, il y a lieu également de distinguer. S'il s'agit de valeurs de Bourse, le seul officier public compétent pour procéder à la réalisation est l'agent de change. Il doit se conformer pour cela aux règles posées par le décret d'administration publique du 7 octobre 1890 (art. 70-73). Avant de procéder à la vente il doit se faire justifier par le créancier gagiste qui le requiert, de l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 93 du Code de commerce : sommation et expiration du délai de huitaine. Puis il procède à la publicité qui consiste dans l'apposition faite par ses soins à la Bourse et dans ses bureaux, vingt-quatre heures au moins avant la négociation, d'une affiche signée par lui et indiquant la nature des valeurs à négocier, leur quantité, l'acte en vertu duquel la vente est poursuivie, le nom de l'agent de change qui en est chargé et le jour auquel cette négociation aura lieu. Ensuite, il procède à la vente en Bourse dont le procès-verbal sera représenté par le bordereau dressé par lui, portant désignation des titres vendus.

Si le gage consiste en meubles incorporels autres que des valeurs de Bourse, le mode de réalisation variera suivant l'objet engagé. S'il s'agit d'un brevet d'invention, la vente en sera poursuivie publiquement par devant notaire, après demande qui aura été faite par le créancier gagiste au président du tribunal de commerce, de désigner cet officier public à la place du courtier. S'il s'agit d'une valeur négociable, remise en gage avec endos de garantie, le créancier pourra la céder dans cette même forme, à moins qu'il ne préfère la garder pour l'encaisser à l'échéance comme ce droit lui en est donné par l'article 91, alinéa 5, du Code de commerce.

§ 3. — Du pacte comissoire.

Après avoir réglé, comme nous venons de le voir, la réalisation du gage, l'article 93 du Code de commerce termine par la disposition suivante : « Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus prescrites, est nulle. » Ce paragraphe exactement imité de celui qui termine l'article 2078 du Code de commerce, a pour but de proscrire à la fois le pacte comissoire et toute convention par laquelle les parties voudraient simplifier encore les règles de réalisation du nantissement.

Le pacte comissoire est la clause par laquelle le créancier, au moment de la constitution du gage, stipule qu'à défaut de paiement à l'échéance et par la seule expiration

du terme, l'objet engagé deviendra sa propriété. Ce pacte, célèbre dans les annales de la fraude, est pour le débiteur de la dernière dureté. Le plus souvent la chose donnée en gage est d'une valeur supérieure à la dette et c'est seulement sous la contrainte morale de la nécessité que le débiteur consent au créancier l'abandon de cette chose qui vaut plus que ce qu'il doit. Un tel pacte qui est un abus du fort sur le faible, une odieuse spéculation du riche au détriment du pauvre était immoral au premier chef, il devait être prohibé. En fait on peut dire qu'il l'a toujours été.

Défendu de très bonne heure par la jurisprudence romaine, mais néanmoins très pratiqué par les usuriers, faute de sanction suffisante, il attira l'attention de Constantin qui légiféra contre lui avec la dernière rigueur. Une constitution de cet empereur le prohiba formellement, et pour que sa défense ne fût point illusoire, il frappa de nullité non seulement le pacte commissoire, mais la convention même de nantissement dans laquelle il serait intervenu (1).

Notre ancienne jurisprudence adopta le même système et Pothier, dans son *Traité du nantissement*, en donne ainsi la raison : « Cette prohibition est nécessaire pour empêcher les fraudes des usuriers, lesquels trouveraient dans cette clause un moyen ouvert de tirer un profit excessif des sommes d'argent qu'ils prêteraient, en prêtant de

(1) L. 3, C. de *pactis pignorum et de lege commissoria in pignoris rescindenda* (VIII, 35).

l'argent sur des gages de valeur du double de la somme prêtée, à des personnes qu'ils prévoyaient ne devoir pas être en état de rendre la somme au temps convenu (1). »

Le législateur de 1804 a consacré cette prohibition traditionnelle et l'a inscrite dans l'article 2078 du Code. Ce ne fut cependant pas sans difficultés que la règle fut maintenue. D'aucuns voulurent en effet soutenir qu'avec le principe de la liberté des conventions, tel qu'il était posé dans le Code, on ne pouvait prohiber le pacte commissoire. Il leur fut sagement répondu d'abord par le principe que les conventions contraires aux bonnes mœurs et à la bonne foi, sont nulles, et que rien n'est plus contraire aux bonnes mœurs que de tirer parti de la faiblesse d'un débiteur aux abois pour s'enrichir à ses dépens. Ensuite on fit remarquer que le principe de la liberté des conventions n'était pas atteint, bien au contraire, puisque cette convention était interdite précisément parce que la liberté de l'une des parties n'était pas entière.

Le débiteur, sous la contrainte du besoin d'argent, n'aura pas la force de résister au créancier qui posera cette clause comme condition même de son prêt. Et basée sur cette présomption d'absence de liberté chez le débiteur, l'interdiction fut votée. Le Code néanmoins s'est montré moins sévère que le législateur romain et que notre ancienne jurisprudence ; il frappe de nullité le pacte commissoire seulement. Le contrat de nantissement reste valable, la clause prohibée est réputée non écrite.

(1) Pothier, *Du nantissement*, n° 19-1.

Avant la loi de 1863, conformément aux principes que nous avons vu, l'interdiction prononcée par l'article 2078, s'appliquait également au gage commercial. L'article 93 *in fine* a aujourd'hui consacré cette solution en reproduisant littéralement l'article 2078 sur ce point.

Il nous faut maintenant étudier quelles sont les clauses frappées de nullité par cette disposition. Nous distinguerons les clauses qui permettent au créancier gagiste sous une forme ou sous une autre de s'approprier le gage à l'échéance, et celles qui lui permettent seulement de le réaliser avec des formes plus simples encore que les formes édictées par la loi.

Tout d'abord, en ce qui concerne la première catégorie de ces clauses, une remarque est ici nécessaire. Si l'on adopte la théorie de la jurisprudence qui refuse en matière commerciale au créancier gagiste, le droit d'option dont il jouit en matière civile, soit de se faire attribuer le gage, soit d'en poursuivre la vente, toutes les clauses attribuant le gage au créancier seront frappées de nullité. En effet, d'après la jurisprudence qui interprète à la lettre l'article 93 *in fine*, le créancier gagiste ne peut jamais *s'approprier* le gage, sans les formalités prescrites audit article, c'est-à-dire sans en poursuivre la vente. Il faut dans tous les cas qu'il le fasse réaliser par la voie des enchères publiques, sauf, si bon lui semble, à s'en porter lui-même adjudicataire. Le créancier, dans cette théorie, ne pouvant jamais s'approprier le gage, que par ce moyen, toutes les clauses lui permettant de se l'ap-

proprier autrement seront donc radicalement nulles.

Nous allons voir au contraire qu'il peut en être autrement avec le système de la doctrine qui, même après l'article 93, laisse au créancier la faculté de demander à justice l'attribution du gage en paiement.

L'article 93, alinéa 4, frappe tout d'abord la clause portant que si la dette n'est pas acquittée à l'échéance le gage restera au créancier à titre de paiement. Nous avons vu les motifs de cette prohibition, sur laquelle il n'y a pas lieu d'insister davantage. Comme conséquence de cette première prohibition se trouve également défendue la clause par laquelle on décide que le prix produit par la vente du gage appartiendra tout entier au créancier, sans qu'il y ait de restitution à faire au débiteur, si ce prix est supérieur au montant de la dette, ni de réclamation à lui adresser, si au contraire il se trouve être inférieur. Cette convention aléatoire, si elle était autorisée, serait un moyen trop facile d'éluder la prohibition précédente. Elle est encore un abandon conditionnel au créancier, sinon du gage lui-même, du moins de sa valeur, et l'aléa qu'elle paraît établir, n'est en réalité qu'un trompe l'œil. La valeur du gage étant toujours supérieure à la dette, cet aléa se réalisera toujours au profit du créancier.

On considère également comme atteinte par l'article 93 la clause décidant que le gage restera à l'échéance au créancier, d'après une estimation faite au moment du contrat. Et cette solution est justifiée si l'on songe qu'à ce moment le débiteur est à la merci du créancier, et

n'aura par conséquent pas la liberté voulue pour procéder contradictoirement à l'estimation du gage. Mais que faudrait-il décider de la clause portant attribution du gage au créancier suivant estimation faite, non plus au moment du contrat, mais à l'échéance de la dette. Dans le système de la doctrine on discute, les uns déclarent la clause valable, parce qu'à ce moment, il n'y a plus à craindre ni lésion, ni pression. Les autres au contraire l'annulent, car elle supprime l'intervention du tribunal, exigée par l'article 2078 du Code civil, dans l'intérêt du débiteur et pour garantir la sincérité de l'estimation.

Restent les clauses qui, sans permettre au créancier de s'approprier le gage, l'autorisent à le réaliser plus simplement. Toutes sont frappées de nullité, l'article 93 est formel sur ce point.

Ainsi serait nulle la clause autorisant le créancier à faire procéder à la vente dès l'arrivée du terme sans faire de sommation, ou bien encore à réaliser après sommation mais sans attendre l'expiration du délai de huitaine. De même encore la clause décidant que le gage sera vendu dans tel lieu plutôt que dans tel autre, par tel officier public, plutôt que par tel autre. « Toutes ces clauses, disait le rapporteur en 1863, ont été examinées par la Commission et toutes ont été condamnées par elle. » Dans le cas où, malgré ces prohibitions, de semblables clauses auraient été respectées, on décide que la vente serait nulle. Le débiteur pourrait alors en invoquer la nullité et réclamer au créancier gagiste la différence entre

le prix réel du gage et celui de la vente (Aix, 26 mars 1874, D. R. 72.2.112. — V. aussi Paris, 18 avril 1889, D. P. 90.2.342).

Au sujet de ces diverses clauses, soit celles qui autorisent le créancier à s'approprier le gage, soit celles qui lui permettent seulement de le réaliser avec des formes plus simples, on s'est posé une dernière question par laquelle nous terminerons ce bref aperçu du pacte commissaire. Prohibées quand elles interviennent entre les parties au moment même de la constitution du gage, sont-elles également défendues quand elles n'interviennent que postérieurement à cette constitution ? Interdites *ab initio*, sont-elles valables *ex intervallo* ? Dans le système de la jurisprudence, notre remarque de tout à l'heure s'applique encore intégralement ici. Les clauses autorisant le créancier à s'approprier le gage qu'elles interviennent *ab initio* ou *ex intervallo* seront toujours radicalement nulles, et la question ne se pose dans ce système que pour la convention qui stipule une simplification de réalisation. Au contraire la question reste entière pour les deux catégories de clauses, dans la théorie de la doctrine. Bien que la question soit discutée, il semble qu'il faille se prononcer pour la validité des clauses *ab intervallo*.

En effet, l'article 93 est une dérogation au principe de la liberté des conventions, comme toute exception il doit donc être d'interprétation stricte. Or, il vise seulement les clauses intervenant au moment même du contrat, mais non celles qui n'interviennent que postérieurement. La prohibition

qui frappe les unes, ne saurait donc juridiquement être étendue aux autres. On objecte bien que cependant le créancier avant l'expiration du terme sera soumis à l'influence de son débiteur ; que d'autre part, à autoriser ces clauses on permet d'éluder facilement la loi, le créancier pouvant faire accepter la clause *ab initio* pour ne la rédiger ensuite que *ex intervallo*. Ce sont là objections de fait plutôt que de droit. On n'en reste pas moins en face du silence de la loi en ce qui concerne ces clauses, et par application du principe *Exceptio est strictissimæ interpretationis* il ne semble pas qu'on puisse admettre contre elles une prohibition que la loi n'a pas formellement prononcée. Toute la ressource laissée en pareil cas au débiteur qui soutiendra que son consentement a été vicié par la pression morale qu'il aura subie, ce sera de poursuivre la nullité de la clause, non pas en vertu de l'article 93, mais en vertu des articles 1111 et suivants du Code civil, sur les vices du consentement.

§ 4. — Réalisation du gage en matière de faillite.

D'après l'article 443 du Code de commerce les syndics seuls ont qualité pour procéder aux voies d'exécution sur les biens du failli.

La question se pose alors de savoir, en présence de la disposition de cet article, si le créancier nanti a le droit de poursuivre la réalisation de son gage même quand son débiteur est en état de faillite. La loi n'a pas statué de façon expresse sur ce point, mais elle renferme cependant

la réponse à cette question dans l'article 548 du Code de commerce, qui décide que, dans le cas où le gage ne serait pas retiré par les syndics, *s'il est vendu par le créancier*, moyennant un prix qui excède la créance, le surplus sera recouvré par le syndic. C'est bien là reconnu pour le créancier gagiste, le droit de poursuivre, même en cas de faillite, la réalisation de son gage quand il n'aura pas été remboursé. Et c'est en effet la solution qui s'imposait. Le créancier valablement nanti d'un gage est investi sur ce gage d'un droit exclusif, dans l'exercice duquel la masse chirographaire n'a rien à voir. En réalité, il est, comme on l'a dit, *hors de la faillite*.

Ainsi admis à réaliser son gage sans l'intervention du syndic, à quelles conditions le créancier nanti pourra-t-il poursuivre cette réalisation ? Une question se pose tout d'abord, c'est celle de savoir si, avant de poursuivre la vente du gage, le créancier nanti doit se soumettre aux formalités de vérification et d'affirmation des créances. Cette question que la loi n'a pas prévue a de tout temps divisé la doctrine et la jurisprudence. Pour y répondre, il convient tout d'abord de faire une distinction : ou bien le créancier nanti veut se borner à réaliser son gage sans demander à figurer pour le surplus dans la masse chirographaire en cas d'insuffisance du prix de vente pour le désintéresser ; ou bien il entend au contraire, d'abord faire vendre le gage, puis, si la vente n'arrive pas à le couvrir de sa créance, produire pour le surplus à la faillite en vue de participer aux répartitions de dividendes qui pourront

avoir lieu. Dans ce dernier cas, aucune difficulté, tout le monde est d'accord pour décider que le créancier gagiste sera, comme tous les créanciers chirographaires, soumis aux formalités de la vérification et de l'affirmation (1).

En effet, dans ce cas le créancier gagiste, pour la partie demeurée impayée de sa créance devient créancier chirographaire. Il se trouve dorénavant confondu dans la masse et nécessairement doit être soumis aux mêmes conditions qu'elle s'il veut se faire admettre aux répartitions.

Cette solution d'ailleurs se trouve expressément écrite dans la loi et n'est que l'application pure et simple de l'article 553 du Code de commerce.

Au contraire, la controverse est très vive quand le créancier nanti entend poursuivre seulement la réalisation de son gage, acceptant d'avance les aléas de cette réalisation et renonçant à produire pour le surplus de sa créance, dans le cas où la vente n'arriverait pas à le désintéresser. Pendant longtemps la doctrine (2), suivie en cela par quelques Cours d'appel, se décida dans le sens d'une assimilation complète de tous les créanciers, gagistes ou chirographaires, au point de vue de la nécessité de la vérification et de l'affirmation des créances. On décidait alors que dans tous les cas, les créanciers gagistes comme les autres et quelles que fussent leurs intentions, même s'ils se bornaient à la réalisation du gage, devaient auparavant

(1) V. Boistel, *Traité de droit commercial*, n° 888.

(2) V. Pardessus, Renouard, Bédarride, Boulay-Paty, Saint-Nexent, Demangeat, Alauzet...

faire vérifier et affirmer la sincérité de leurs créances. Et l'on appuyait cette thèse d'arguments aussi nombreux que séduisants. Tout d'abord, disait-on, les dispositions des articles 491 et 497 du Code de commerce sur la vérification et l'affirmation des créances sont générales et ne distinguent ni entre les diverses catégories de créanciers ni entre les diverses hypothèses. Il n'y a donc pas de raison pour décider aussi arbitrairement que ces dispositions visent seulement les créanciers chirographaires, mais ne sont pas applicables aux créanciers privilégiés, hypothécaires ou gagistes. Et, ajoutait-on, cette interprétation arbitraire est d'autant moins admissible qu'elle révélerait une double inconséquence de la loi.

En effet, si la loi soumet les créanciers d'un failli aux formalités de vérification et d'affirmation, c'est qu'elle suppose en quelque sorte la fraude chez eux. Or, que faudrait-il penser d'elle, si elle se départissait de cette mesure de prudence précisément vis-à-vis des créanciers qui, devant obtenir un paiement intégral, nuiront plus à la masse que de simples créanciers chirographaires ? Et d'autre part puisque la vérification n'est exigée que pour assurer la sincérité des créances, pourrait-on, sans se contredire soi-même, décider qu'une même créance munie de gage est présumée sincère quand il s'agit de réaliser le gage qui la garantit, et fausse au contraire quand il s'agit seulement de prendre part à une distribution de deniers ? C'est pourtant cette solution contradictoire que l'on prête à la loi,

si l'on dispense le gagiste de la vérification et de l'affirmation, quand il veut se borner à la réalisation de son gage et si on le soumet au contraire à cette double formalité, quand il veut non seulement réaliser, mais encore participer pour le surplus de sa créance aux dividendes.

Malgré cela la jurisprudence d'une façon générale, sauf les quelques exceptions signalées, s'était refusée à admettre cette thèse et dispensait au contraire de la vérification les créanciers qui poursuivaient seulement la réalisation de leur gage.

C'est ce dernier système que la Cour de cassation, appelée pour la première fois le 10 juin 1889 à se prononcer sur la question, a cru devoir consacrer, malgré les nombreux et sérieux arguments qui militaient en faveur de la thèse inverse (Voy. Cassation, 10 juin 1889, D. 89.1.377).

Le seul argument sur lequel la Cour suprême ait basé sa décision est tiré de l'article 547 du Code de commerce qui donne au syndic le droit de retirer, à toute époque, le gage, en remboursant la dette. Or, raisonne la Cour de cassation, si le syndic peut rembourser la dette à toute époque, il le peut avant toute vérification. C'est donc que cette formalité ne s'impose pas au créancier. L'argument est spécieux, mais ne paraît cependant pas décisif. En effet, tout d'abord, en admettant même que la loi ait voulu dispenser le syndic de la vérification, pour lui permettre, dans certain cas où il le jugera utile, de retirer le gage en remboursant la dette, cela ne veut pas dire que pareille dispense ait été consentie au créancier qui veut réa-

liser. Et d'autre part, est-il bien certain que l'article 547 du Code de commerce ait supprimé la vérification dans l'hypothèse spéciale qu'il prévoit ? Nullement, il en a tout au plus simplifié la forme. Normalement, la vérification consiste dans l'examen du syndic sous le contrôle du juge-commissaire en présence du créancier. Or, l'article 547 exige l'autorisation du juge-commissaire. Cela ne revient-il pas à dire que le syndic, avant de retirer le gage, aura dû vérifier la créance avec le juge, pour prendre la décision d'accord avec lui ? La seule différence pratique entre cette vérification et les autres, c'est qu'elle aura été faite en l'absence du créancier.

La doctrine la plus récente tend à se prononcer également pour la thèse de la Cour de cassation. Elle se base elle aussi sur l'argument tiré de l'article 457, auquel elle ajoute encore le suivant. Dans les articles 491 et suivants réglant la vérification et l'affirmation des créances, dit-elle, le législateur ne s'est pas préoccupé des créanciers privilégiés, hypothécaires ou gagistes. C'est qu'en effet il n'avait pas à le faire tant que ceux-ci se contentent de leur gage ou de leur hypothèque. A ce titre ils ne sont pas dans la masse, ils sont en dehors de la faillite. Or les articles 491 et suivants figurent au Code sous la rubrique « Fonctions des syndics », ils ne s'occupent que des droits de la masse dans la faillite, ils ne concernent donc pas les créanciers privilégiés. Pour ceux-ci, c'est aux règles générales du gage qu'il faut s'en tenir, et comme ces règles ne les soumettent en cas de faillite à aucune

formalité spéciale, il faut les laisser sous le régime de droit commun, sans leur imposer, sous forme de procédure de vérification, d'autres préliminaires que ceux prévus à l'article 93.

Et c'est ainsi que, se basant sur cette double considération, la doctrine récente et presque l'unanimité de la jurisprudence posent la règle suivante, qui, dans la pratique, fait loi : « En cas de faillite le créancier valablement nanti d'un gage, n'est tenu de faire vérifier et d'affirmer sa créance que s'il prétend faire valoir un droit dans la faillite, soit en demandant à concourir avec les créanciers chirographaires, soit en se présentant pour voter au concordat (application des articles 552, 553 et 508 du Code de commerce). Mais s'il se borne à poursuivre la réalisation du gage, sur la valeur duquel il a un droit exclusif, il ne saurait au préalable être soumis à la vérification. »

Suivant cette opinion, communément admise aujourd'hui, il faut donc décider que, même en cas de faillite de son débiteur, le créancier gagiste ne sera pas soumis à d'autres formalités que celles prescrites par l'article 93. Il pourra donc, huit jours après la sommation, qui devra être faite au syndic en raison du dessaisissement du failli, poursuivre seul, c'est-à-dire sans l'intervention du syndic, la vente de l'objet engagé. Dans ce cas, si le prix de la vente du gage excède la créance du gagiste, le surplus est recouvré par les syndics. Si au contraire ce prix est inférieur à la créance et ne désintéresse pas le créancier, celui-ci viendra pour le surplus participer aux distributions de dividendes

faites à la masse, comme un simple créancier chirographaire (art. 548 C. comm.) ; mais alors, nous l'avons vu, il faudra qu'il ait auparavant, comme la masse tout entière, fait vérifier et affirmer sa créance.

De ce que la vente du gage est nécessaire pour fixer définitivement les droits du créancier dans la masse, il suit que ce dernier ne pourra participer à aucune distribution de dividendes, même si le failli a obtenu son concordat, avant d'avoir fait vendre ce gage (1). Cette conséquence est d'ailleurs expressément consacrée par l'article 546 du Code de commerce qui décide que les créanciers valablement nantis de gage, ne seront inscrits dans la masse que pour mémoire (2). Sur ce point, le régime fait au créancier nanti est tout à fait différent de celui sous lequel sont placés les créanciers hypothécaires. Ceux-ci en effet, d'après les articles 553, 554, 555 du Code de commerce, sont admis à participer aux distributions de dividendes, sauf les dividendes concordataires, avant même la réalisation du gage immobilier qui leur est affecté. Cette différence de régime s'explique d'ailleurs aisément.

Par suite des complications et des lenteurs de la procédure imposée pour la réalisation des immeubles, les créanciers hypothécaires se trouvent la plupart du temps dans l'impossibilité de réaliser avant la répartition chirographaire.

(1) Paris, 16 décembre 1836, D.R., n° 4033.

(2) Lyon-Caen et Renault, t. 2, n° 2963 ; Bravard et Demangeat, t. 5, p. 573, n° 1127.

Il était donc légitime de les admettre provisoirement à cette répartition, sauf à régler les distractions qui leur seraient ensuite imposées sur le prix à provenir des immeubles vendus. Le créancier gagiste au contraire, surtout depuis la loi de 1863, peut réaliser son gage très simplement, très rapidement et à peu de frais. S'il ne le fait pas, aussitôt après le jugement déclaratif de faillite, il est à présumer qu'il trouve dans ce gage une garantie suffisante. Et cette présomption est d'autant plus forte qu'on ne saurait trouver d'autres causes à son inaction puisque l'effet du jugement déclaratif de faillite est de rendre exigibles les créances à terme, même quand elles sont garanties par un gage (1).

Il était donc inutile dans ce cas de l'admettre aux répartitions chirographaires.

Certains auteurs (2) pourtant se refusent à adopter cette solution. Pour eux l'article 546 vise un cas spécial, celui où le gage est suffisant. Mais si, au moment des répartitions chirographaires, la valeur du gage n'est pas connue et si l'on n'est pas sûr qu'il parviendra à désintéresser le créancier, celui-ci peut participer aux distributions, sauf ensuite à se voir retenir sur la valeur du gage le montant des sommes qu'il aurait perçues en trop, conformément aux articles 554 et 555. Mais à ces auteurs on répond que l'article 546 n'a pas distingué et qu'ils le restreignent arbitrairement, de même qu'ils étendent sans plus de raison

(1) D. P. 61.2.107 ; 66.2.449 ; 81.2.237.

(2) Boistel, n° 1025.

les articles 554 et 555 à des cas que ces articles n'ont pas visés puisqu'ils ne concernent que les seuls créanciers hypothécaires.

Une seule exception est faite à l'article 546, sur laquelle sont d'accord la jurisprudence et la doctrine ; c'est l'hypothèse dans laquelle le gage a été constitué non par le débiteur failli lui-même, mais par un tiers pour lui (1).

Dans ce cas on admet généralement que le créancier gagiste est admis à produire à la faillite et à participer aux distributions de dividendes avant même d'avoir réalisé le gage dont il est nanti.

(1) D. P. 54.5.368 ; — Cf. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n° 2964 ; Boistel, n° 1024.

CHAPITRE II

RÉALISATION DES MARCHANDISES DÉPOSÉES DANS LES MAGASINS GÉNÉRAUX.

Nous avons vu, au début du chapitre précédent, que la loi de 1863 n'avait été que la généralisation au gage commercial du système de faveur et d'exception appliqué jusque-là aux magasins généraux. Les règles posées par l'article 93 du Code de commerce n'étant que la copie de celles appliquées à la réalisation des marchandises warrantées, notre étude sur ce point sera d'autant plus simplifiée que, pour éviter des redites, il nous suffira la plupart du temps de nous reporter aux règles déjà étudiées. Nous aurons néanmoins à examiner dans ce chapitre quel était le système de réalisation organisé pour les magasins généraux par la législation de 1848 (décrets des 21 mars et 23 août, arrêté du 26 mars); quels étaient ses inconvénients, et quelles améliorations y ont été apportées par la loi du 28 mai 1858, modifiée par la loi du 13 août 1870. Puis, en étudiant ces dernières lois nous aurons à envisager successivement les divers cas dans lesquels il peut y avoir lieu à la réalisation des marchandises déposées et les formes à suivre pour cette réalisation. Enfin nous verrons rapidement les solutions adoptées en cette matière

sur le point de savoir si l'on doit accorder au porteur du warrant la faculté d'option de l'article 2078 du Code civil et si le pacte comissoire est ici formellement prohibé comme pour le gage commercial proprement dit.

L'organisation des magasins généraux ne date en France que de 1848. Depuis longtemps déjà, l'institution fonctionnait en Angleterre, en Hollande, en Allemagne, sans avoir pu prendre pied chez nous, malgré les avantages considérables qu'elle était de nature à procurer au commerce français et l'essor qu'elle pouvait lui donner.

Cependant, en 1848, sous le coup de la crise commerciale et financière provoquée par les événements politiques, le gouvernement provisoire essaya pour la première fois, en l'inscrivant dans nos lois, de faire passer cette institution dans nos mœurs. La crise industrielle s'affirmait alors sous deux formes : l'encombrement des portefeuilles et l'encombrement des magasins. On avait paré au premier inconvénient en décrétant l'établissement de comptoirs d'escompte à Paris et dans tous les grands centres agricoles, industriels et commerciaux. Il fallait parer au second, en faisant pour la marchandise ce que l'on avait fait pour le papier, c'est-à-dire en lui ouvrant des issues. Les marchandises s'accumulaient dans les magasins où les immobilisait la rareté des transactions commerciales. Un seul remède s'imposait qui était, selon la parole même du rapporteur du décret, « d'anticiper sur la consommation par la circulation ». Il fallait rendre le mouvement à ces valeurs paralysées, et donner ainsi à leur propriétaire la

faculté de se procurer, grâce à elles, les capitaux dont elles étaient la représentation.

L'institution des magasins généraux répondait merveilleusement à ce besoin. Le commerçant encombré par sa marchandise pourrait la déposer dans un établissement, qui, en échange, lui délivrerait un titre représentatif de la valeur vénale des objets déposés. Ce titre, transmissible par endossement, constituerait entre les mains du porteur un véritable capital de circulation facile, grâce à la garantie matérielle, solide, tangible et aisément réalisable, sur laquelle il était basé. Le 21 mars 1848, le ministre des finances proposait donc à l'agrément du gouvernement provisoire un projet posant le principe de l'organisation en France des magasins généraux. Le projet était immédiatement adopté par le gouvernement qui, le lendemain même, décrétait l'établissement de magasins généraux où les négociants et les industriels pourraient déposer les matières premières, marchandises et objets fabriqués dont ils seraient propriétaires. Un arrêté du ministre des finances du 26 mars suivant venait compléter la législation sur ce point en déterminant le mode de réception des marchandises dans les magasins, les mesures à prendre pour leur conservation, les formalités à observer pour les donner en nantissement et la procédure à suivre pour les réaliser. Enfin, un autre décret était rendu le 26 août 1848 par l'Assemblée nationale qui apportait quelques modifications au système établi par les textes que nous venons de voir, notamment en accordant aux comptoirs d'escompte qui

auraient accepté des marchandises en nantissement, des facilités plus grandes pour en opérer la réalisation.

C'est à ce dernier point de vue seulement de la réalisation des marchandises warrantées que, pour nous borner à l'objet de notre étude, nous avons à examiner la législation de 1848 sur les magasins généraux. Elle tient tout entière sur ce point dans l'article 11 de l'arrêté du 26 mars ainsi conçu : « A défaut de paiement à l'échéance, le cessionnaire porteur du récépissé pourra exercer son recours contre l'emprunteur ou les endosseurs ou sur la marchandise déposée. Dans ce dernier cas, le président du tribunal de commerce, sur la simple production de l'acte de protêt, ordonnera la vente de la marchandise aux enchères » et dans l'article 2 du décret du 26 août qui reproduisait le texte précédent auquel il se contentait d'ajouter la disposition suivante en faveur des comptoirs d'escompte : « Toutefois les comptoirs nationaux d'escompte et sous-comptoirs de garantie, pourront exercer leurs droits conformément aux dispositions de l'article 9 (1) du décret du 24 mars 1848 relatif aux sous-comptoirs ; ces dispositions s'appliquent non seulement aux marchandises, mais encore aux titres et autres valeurs donnés en nantissement. »

(1) L'article 9 du décret du 24 mars 1848 auquel il est renvoyé disposait ainsi : « Par dérogation aux dispositions du Code civil relatives à l'exécution et aux effets du nantissement, les sous-comptoirs sont autorisés, huitaine après une simple mise en demeure, sans qu'il soit besoin d'aucune autorisation de justice, à faire procéder à la vente publique des marchandises données en nantissement par les officiers ministériels compétents (Décret des 24-26 mars 1848).

Ainsi sous le régime organisé par le législateur de 1848, le porteur du récépissé (1), à qui la marchandise avait été nantie et qui n'était pas remboursé à l'échéance, avait à sa disposition deux partis. Il pouvait à son gré, ou bien poursuivre d'abord son remboursement contre l'emprunteur et les endosseurs pour n'exercer qu'après son droit de gage sur les marchandises données en nantissement, ou bien au contraire poursuivre immédiatement la réalisation de ces marchandises. Dans ce dernier cas, il devait d'abord faire protester contre le déposant son récépissé qui constituait son titre de créance et de gage ; puis, sur présentation du protêt ainsi dressé, obtenir du président du tribunal de commerce une ordonnance autorisant la vente aux enchères des marchandises nanties.

Ce système, organisé par l'article 11 de l'arrêté du 26 mars 1848, présentait un double inconvénient, d'abord en ce qu'il laissait au prêteur la faculté d'actionner personnellement l'emprunteur avant d'avoir discuté le gage ; ensuite, en ce qu'il lui imposait l'obligation de recourir au président du tribunal de commerce pour faire vendre la marchandise aux enchères en cas de réalisation.

(1) L'arrêté du 26 mars 1848 n'avait décidé la délivrance par le magasin général au déposant que d'un seul titre, le récépissé. Ce titre unique servait, suivant les besoins du déposant, soit à transmettre à un tiers le droit de disposer des marchandises, soit à les constituer en gage. La loi du 28 mai 1858 a remédié aux inconvénients qui résultaient de cette unité de titre en décidant que le déposant en recevrait dorénavant deux : l'un, le récépissé, destiné à transmettre la propriété de la marchandise ou plus généralement à céder le droit d'en disposer ; l'autre, le warrant, qui sert à la donner en nantissement.

Le premier de ces inconvénients pesait lourdement sur l'emprunteur qui ne pouvait être intéressé à engager sa marchandise qu'à la condition de dégager d'autant son crédit personnel. Or, avec la disposition de l'article 11, ce but n'était nullement atteint. En constituant des marchandises en nantissement l'emprunteur perdait le droit d'en disposer, mais ne déchargeait en rien son crédit pour cela, puisqu'il pouvait aussi bien être poursuivi directement, avant toute discussion du gage. Sa situation au lieu de se simplifier se compliquait. De là, l'hésitation bien légitime des commerçants à déposer dans les magasins généraux des marchandises pour les donner en garantie, puisqu'en définitive cela n'aboutissait qu'à aggraver leur crédit.

Le second inconvénient portait au contraire sur le prêteur. L'obligation de recourir au juge pour obtenir la réalisation de la marchandise, altérait sa confiance dans le contrat. Sans doute, il ne pouvait, pas craindre que l'autorisation exigée par l'article 11 lui fût refusée par le président du tribunal de commerce, puisque celui-ci devait nécessairement la donner sur présentation d'un protêt régulier, les termes impératifs de la loi ne lui laissant pas l'appréciation souveraine de l'opportunité de la vente, mais néanmoins le visa de ce magistrat était indispensable. C'était donc au moins pour le prêteur la perspective de complications, de frais, de démarches, de lenteurs qui viendraient à l'échéance retarder encore son remboursement. Or, cette perspective était suffisante pour

le détourner de prêter, ou du moins pour le faire mettre à son prêt des conditions plus onéreuses, qui en définitive se retournaient contre l'emprunteur. Et c'était là encore une nouvelle entrave au développement de l'institution.

Le gouvernement l'avait lui-même de bonne heure reconnu, et sans supprimer complètement l'obstacle, il avait essayé de l'atténuer dès le début. Les 24 mars et 26 août 1848, par les deux décrets dont nous avons parlé il avait dispensé les comptoirs d'escompte et les sous-comptoirs de garantie de la nécessité de recourir au président du tribunal de commerce pour la réalisation des marchandises warrantées reçues par eux en nantissement. Ces établissements plus favorisés que les simples particuliers prêteurs pouvaient, en vertu de ces deux décrets, faire vendre les marchandises nanties, huit jours après une simple mise en demeure et sans être astreints à solliciter de justice aucune autorisation. Malgré cela, l'inconvénient restait entier pour la majorité des commerçants, qui en fait ne déposaient que très rarement des marchandises dans les magasins généraux.

Ces défauts de la législation de 1848 jointes à pas mal d'autres concernant soit les conditions imposées pour la création des magasins, soit les formalités prescrites pour la réception des marchandises et l'établissement des récépissés avaient complètement paralysé le développement de l'institution.

Aussi en 1858, le rapporteur de la loi sur les warrants était-il amené à reconnaître que ce procédé commercial

n'était point entré dans nos mœurs. « Les warrants, disait-il, n'ont guère été employés jusqu'ici qu'à titre d'expédient, à défaut d'autres moyens de crédit et dans les moments de crise. En 1848 et en 1857, ils paraissent avoir rendu des services momentanés et pour ainsi dire accidentels ; leur négociation n'est pas plus devenue une opération commerciale courante que les ventes publiques ne sont devenues des ventes habituelles. » Cependant l'exemple de l'Angleterre était là, et l'influence considérable exercée sur la prospérité commerciale de ce pays par le système des warrants combiné avec celui des ventes publiques de marchandises, incita de nouveau le législateur français à remanier complètement cette organisation dans l'espoir d'obtenir un meilleur résultat. De ce désir et de cet effort sont nées la loi du 28 juin 1858 sur les négociations concernant les marchandises déposées dans les magasins généraux et une autre loi du même jour qui venait compléter la précédente en réglementant à nouveau les ventes publiques de marchandises en gros. La loi du 28 mai 1858 sur les magasins généraux a été modifiée depuis par celle du 13 août 1870 et ce sont ces dispositions qui régissent encore aujourd'hui la matière.

Indépendamment des améliorations apportées par la loi du 28 mai 1858 aux déficiences de la législation antérieure sur les points qui ne rentrent pas directement dans le cadre de notre étude, elle a, au point de vue de la réalisation, radicalement remédié aux deux inconvénients que nous avons signalés. D'abord elle impose au créan-

cier prêteur l'obligation de discuter son gage avant de poursuivre personnellement l'emprunteur et d'exercer quelque recours que ce soit contre les endosseurs du warrant. Ensuite, elle dispense ce même prêteur de l'obligation de recourir à justice pour, à l'échéance, réaliser les marchandises nanties, s'il n'a pas été remboursé.

C'est l'article 9 de la loi de 1858 qui supprime la faculté pour le prêteur de poursuivre l'emprunteur et les endosseurs avant la discussion du gage. Il dispose ainsi : « Le porteur du warrant n'a de recours contre l'emprunteur et les endosseurs qu'après avoir exercé ses droits sur la marchandise et en cas d'insuffisance. » Cette disposition dérogeait complètement aux règles ordinaires du gage, d'après lesquelles le créancier peut à son gré poursuivre le recouvrement de ce qui lui est dû, soit en actionnant son débiteur personnellement, soit en réalisant son nantissement, sans qu'on puisse en aucune manière l'obliger de commencer par ce dernier parti. Mais cette dérogation était nécessaire et logiquement dictée par l'esprit même de la loi. Comme le disait le rapporteur, ce que voulait la loi ce n'était pas « créer le crédit personnel qui existait déjà au moyen des traites et des obligations souscrites, mais le crédit de la marchandise qui, grâce aux warrants, devient une valeur active et circulante ». Il fallait pour cela supprimer la situation fâcheuse jusque-là faite à l'emprunteur, qui, en donnant en gage ses marchandises aggravait son crédit au lieu de le dégager. Si la loi n'avait pas exigé que le gage fût réalisé préalablement à toute

poursuite contre la personne, il aurait en effet fallu que l'emprunteur eût toujours dans sa caisse, au moment de l'échéance, la somme nécessaire pour faire face au paiement. C'était de cette manière l'obliger à avoir deux capitaux d'engagés : l'un en marchandises et l'autre en numéraire. Au contraire, grâce à la disposition de l'article 9, du jour où l'emprunteur a transféré son warrant, il se trouve momentanément libre de tout engagement personnel, et ce sera seulement en cas d'insuffisance du prix de vente de la marchandise warrantée, qu'il pourra être de nouveau recherché. De là une amélioration considérable apportée à sa situation, qui devait être de nature à inciter vivement le commerçant à recourir au procédé du warrantage dont il s'était jusque-là et peut-être à bon droit écarté. C'est en se basant sur ces considérations que le législateur a inscrit dans la loi ce bénéfice de discussion au profit du commerçant emprunteur. La mesure était, on vient de le voir, parfaitement légitime, et si elle favorisait l'emprunteur ce n'était nullement au détriment du prêteur qui avait toujours la ressource de ne prêter sur la marchandise que ce qu'elle lui paraissait pouvoir être vendue dans les circonstances les plus défavorables et à qui d'ailleurs on accordait une compensation et un surcroît de garantie, en facilitant, comme nous allons le voir maintenant, la réalisation de son gage.

En effet, en même temps qu'elle imposait au prêteur la discussion préalable du gage, la loi de 1858 le dispensait dorénavant de recourir à justice pour obtenir l'autorisa-

tion de faire vendre à l'échéance la marchandise aux enchères s'il n'était pas remboursé. Les dispositions relatives à la réalisation des marchandises warrantées sont écrites dans l'article 7 de la loi ainsi conçu : « A défaut de paiement à l'échéance, le porteur du warrant séparé du récépissé peut, huit jours après le protêt, et sans aucune formalité de justice, faire procéder à la vente publique aux enchères et en gros de la marchandise engagée, dans les formes et par les officiers publics indiqués dans la loi du 28 mai 1858. Dans le cas où le souscripteur primitif du warrant l'a remboursé, il peut faire procéder à la vente de la marchandise comme il est dit au paragraphe précédent, contre le porteur du récépissé, huit jours après l'échéance et sans qu'il soit besoin d'aucune mise en demeure. » Cette disposition de l'article 7 était l'une des principales innovations de la loi et nous savons déjà qu'elle inspira plus tard, en 1863, la modification radicale qui fut alors apportée par le législateur dans la procédure de réalisation de tout gage commercial.

L'article 7 de la loi du 28 mai 1858 envisage deux cas possibles de réalisation des marchandises warrantées. Dans le premier cas, ces marchandises sont vendues à la requête du porteur du warrant non remboursé à l'échéance. Dans le second cas, la vente est poursuivie par le déposant lui-même, lorsque s'étant dessaisi du récépissé il a remboursé à l'échéance le porteur du warrant pour éviter le protêt. On peut supposer encore d'autres cas de réalisation à la requête d'autres créanciers. Il en sera notamment

ainsi du magasin général, créancier des frais de magasinage et autres se rattachant aux marchandises, qui voudra poursuivre leur vente quand elles ne seront pas retirées. Il est vrai d'ajouter que ce dernier cas se présentera rarement à raison de la faible valeur de la créance du magasin général comparée à celle des marchandises déposées. Le propriétaire de ces marchandises ne leur laissera presque jamais courir l'aléa d'une vente aux enchères, faute d'avoir remboursé au magasin général les sommes toujours relativement minimales qui pourront lui être dues. Quoiqu'il en soit, quand ce cas se présentera et quand d'autres créanciers voudront faire vendre les marchandises déposées, ils devront pour cela se conformer aux règles du droit commun : c'est-à-dire employer la procédure de la saisie-exécution. Les règles spéciales de réalisation posées par la loi de 1858 ne visent uniquement que les deux cas prévus à l'article 7 et que nous allons maintenant étudier.

Le cas prévu par le paragraphe 1^{er} est le cas normal, le plus fréquent. Le porteur du warrant est un créancier qui a prêté contre nantissement, comptant sur son remboursement exact à l'échéance. Au terme convenu le remboursement n'est pas effectué, il se présente pour faire vendre les marchandises nanties et se payer sur leur prix.

Une autre situation peut aussi se présenter dont le projet de loi ne prévoyait pas la solution et qui, sur la demande de la commission, fut réglée par le second alinéa de l'article 7. Il peut arriver que le déposant, après avoir emprunté et négocié le warrant, ait négocié aussi le récé-

pissé. En ce faisant, il a transmis au cessionnaire du récépissé la propriété de la marchandise, mais seulement à charge de rembourser à l'échéance le porteur du warrant (art. 4, alin. 2, loi de 1858).

L'acheteur de la marchandise, prévoyant d'ailleurs le remboursement qui lui incombera, n'a payé au déposant que la différence entre la valeur des marchandises et le montant de l'emprunt dont elles sont grevées. Ainsi supposons qu'un négociant dépose des marchandises d'une valeur de 15.000 francs, qu'il emprunte ensuite sur elles 10.000 francs et endosse le warrant à son prêteur. Il vend ensuite ces marchandises 15.000 francs. L'acheteur, porteur du récépissé, ne lui remettra cependant que 5.000 fr., parce qu'il sait qu'avant de retirer les marchandises du magasin, il devra payer 10.000 francs pour éteindre la dette garantie par le warrant. Si à l'échéance le cessionnaire du récépissé ne rembourse pas le porteur du warrant, celui-ci pourra s'adresser au déposant et il arrivera fréquemment que ce dernier paiera pour éviter le protêt. Il fallait donc dans cette hypothèse assurer le recours du déposant contre le porteur du récépissé pour lequel il a payé. Ne pas assurer ce recours eût été permettre au porteur du récépissé de s'enrichir au détriment du déposant, puisqu'en définitive, et pour reprendre les chiffres de notre exemple, il n'aurait payé que 5.000 francs des marchandises qui en valaient 15.000. Sans doute, le déposant qui a payé est rentré en possession du warrant, sans lequel il sait que la marchandise ne peut pas sortir du magasin

général. Mais cette certitude était pour lui insuffisante et il fallait lui permettre de tirer parti de ce titre et de recouvrer à une échéance donnée ce qui lui était légitimement dû.

On estima que le warrant acquitté prouvait suffisamment le remboursement du prêteur par le déposant, et qu'il était juste d'accorder à ce dernier, sur la marchandise, les mêmes droits qui seraient résultés pour lui du protêt. Et pour lui assurer l'exercice de ces droits, on décida qu'il pourrait faire procéder à la vente des marchandises contre le porteur du récépissé et sans qu'il soit besoin d'aucune mise en demeure.

Nous avons vu au contraire, que si la vente des marchandises est poursuivie par le porteur du warrant non remboursé à l'échéance, une formalité s'impose à lui préalablement à la vente proprement dite. Il doit faire protester son warrant (art. 7, al. 1, loi de 1858). Le protêt est destiné à faire connaître au porteur du récépissé l'intention où se trouve le porteur du warrant de réaliser le gage, s'il n'est pas remboursé dans la huitaine.

Le protêt du warrant doit être dressé d'après les mêmes règles que le protêt de la lettre de change. L'officier ministériel compétent à cet effet est donc l'huissier ou le notaire. Conformément à l'article 174 du Code de commerce qui règle les formes et le contenu du protêt de la lettre de change, le protêt du warrant devra contenir la transcription littérale du warrant et des endossements, la sommation de payer la dette ; puis énoncer la présence ou

l'absence de celui qui doit payer, les motifs du refus de payer et l'impuissance ou le refus de signer.

La loi de 1858 ne donne aucune indication sur le lieu où le protêt doit être dressé ; on décide que c'est au domicile du déposant, bien que celui-ci ait pu négocier le récépissé et par conséquent se décharger de la dette. Mais les endossements du récépissé n'étant pas soumis à la transcription, le porteur du warrant n'a aucun moyen de connaître le porteur du récépissé à qui doit en définitive incomber le remboursement. Il fera donc dresser le protêt au domicile du déposant. Celui-ci donnera lui-même avis au porteur du récépissé. Au surplus, ce dernier, grâce à l'usage adopté de mentionner en marge du récépissé la négociation du warrant et la somme pour laquelle elle a eu lieu, connaîtra toujours la date de l'échéance et devra se tenir prêt à y faire face. Dans la pratique, on fait souvent élection de domicile pour le paiement au magasin général. Dans ce cas, c'est au magasin général que le protêt sera dressé.

Aucune autre formalité que celle de l'établissement du protêt ne s'impose au porteur du warrant non remboursé qui veut faire réaliser la marchandise. Huit jours après ce protêt il peut faire procéder à la vente aux enchères, comme le souscripteur primitif qui a remboursé le porteur du warrant peut y faire procéder huit jours après l'échéance, sans qu'il soit besoin ni à l'un ni à l'autre d'aucune autorisation de justice. Cette procédure de réalisation simplifiée était un progrès sur la législation de

1848. L'obligation imposée par l'article 11 du décret du 26 mars 1848, de recourir au président du tribunal de commerce pour obtenir son autorisation de faire vendre aux enchères se réduisait, nous l'avons vu, à un simple visa de l'acte de protêt par le juge, visa d'ailleurs obligatoire pour ce dernier quand le protêt était régulier. Il parut au législateur de 1858 que cette formalité ne valait ni les lenteurs, ni les frais qu'elle entraînait, et que par conséquent on pouvait sans inconvénient la supprimer dans la nouvelle loi. S'inspirant alors de la modification déjà faite sur ce point par les décrets des 24 mars et 26 août 1848, au profit des comptoirs d'escompte et des sous-comptoirs de garantie, il étendit au commerce en général la dispense jusque-là réservée à ces établissements, de recourir à justice pour réaliser les marchandises déposées. C'était un pas de plus vers la loi de 1863 qui devait, elle, généraliser la règle au gage commercial. En effet, le rapporteur de la loi de 1863, pour faire admettre par le législateur la dispense au profit du créancier gagiste de recourir à justice pour faire réaliser son gage, invoquera la loi de 1858 et combattra les objections qui lui seront faites, à l'aide même de cette dernière loi (1).

(1) Voyez Rapport Vernier, loi de 1863. « Pourrait-on craindre, disait le rapporteur, que cette disposition (la dispense de recourir à justice pour réaliser le gage) pût devenir préjudiciable à l'industrie et dangereuse pour l'intérêt général, en donnant lieu à des crises commerciales ou en les aggravant ? Faut-il s'arrêter devant les préoccupations de quelques personnes qui craignent qu'un créancier gagiste détenteur d'une grande quantité de marchandises de même nature, de titres de la même Compagnie, ne puisse, par l'exécution sans précaution et

Nous avons vu en étudiant la réalisation du gage commercial que le créancier avait le droit de réaliser son nantissement huit jours après la sommation, mais que ce droit n'était pour lui qu'une faculté, en ce sens que le délai de huitaine pouvait à son gré être prolongé par lui. En est-il de même pour le porteur du warrant ? Au point de vue de son droit de gage proprement dit, on doit répondre par l'affirmative. Rien ne l'oblige à réaliser dès l'expiration de la huitaine, et s'il lui plaît d'attendre davantage pour passer à la vente, aucun délai ne lui est imparti pour cette formalité, son droit de se payer par préférence sur le prix n'en demeure pas moins entier.

simultanée de toutes ces marchandises, de toutes ces valeurs, les frapper d'une dépréciation subite et considérable, compromettre une entreprise, une industrie, une place de commerce peut-être par une combinaison déloyale qui lui permettrait de racheter ou de faire racheter à vil prix, ces marchandises ou ces valeurs ? Cette préoccupation frappait déjà de très bons esprits lorsque s'élaborait la loi des warrants. Elle n'a point arrêté le Conseil d'Etat qui a proposé la loi, ni le Corps législatif qui l'a votée. L'expérience a montré qu'elle n'était pas fondée. En fait, aucune conséquence fâcheuse n'est résultée, au point de vue de l'intérêt général, de la disposition qui autorise le porteur du warrant non acquitté à l'échéance, à faire vendre le gage sans recourir à justice. Et cependant les warrants sont le plus souvent sur chaque place réunis et groupés dans les mêmes mains qui les détiennent presque tous, et cependant encore depuis la loi de 1858 nous avons traversé des crises redoutables. Si la loi de 1858 n'a pas eu les conséquences qu'on redoutait pour l'intérêt général de cette facilité donnée au créancier d'exécuter le gage sans formalités de justice, il faut bien encore moins les redouter du fait de la loi nouvelle, dont le but est, et dont l'effet sera de permettre à tout le monde de prêter sur gages aux commerçants sans périls et par conséquent de vulgariser le nantissement. Grâce à la réforme proposée les contrats de cette nature auront donc une chance de moins, et une chance fort sérieuse de se concentrer entre des mains puissantes qui pourraient en abuser. »

Mais en fait le porteur du warrant ne manquera jamais de réaliser très rapidement pour se conformer à l'obligation qui lui en a été imposée par le législateur à un autre point de vue : celui de son recours contre l'emprunteur et les endosseurs. Nous savons en effet que ce recours est réservé au porteur du warrant pour le cas où la réalisation de la marchandise n'aurait pas suffi à le désintéresser intégralement. Dans cette hypothèse, il reprend son droit d'agir contre le déposant et les endosseurs du warrant personnellement. Ce recours, analogue à celui du porteur d'un effet de commerce impayé, a été soumis sensiblement aux mêmes conditions. Sur ce point la loi de 1858 se contente de renvoyer aux articles 165 et suivants du Code de commerce. D'après ces articles, le porteur d'une lettre de change impayée doit faire dresser un protêt le lendemain de l'échéance, et s'il veut conserver son recours contre les endosseurs, il doit leur notifier le protêt dans les quinze jours de sa date, et dans le même délai les assigner en paiement.

En matière de warrants, on ne pouvait prendre comme point de départ de ce délai de quinzaine la date du protêt. En effet, le recours du porteur du warrant contre l'emprunteur et les endosseurs est subordonné, nous l'avons dit, à la vente préalable des marchandises et à l'insuffisance de leur prix. Or, faire courir le délai de quinzaine du jour du protêt, c'était exposer le porteur du warrant à voir ce délai expiré avant qu'on ait pu procéder à la vente et par conséquent avant qu'il sût s'il avait ou non un recours.

Pour éviter cette difficulté, l'article 9 de la loi de 1858 décide que le délai de quinzaine imparti pour le recours contre le déposant et les endosseurs, courra non de la date du protêt, mais de celle de la vente.

Cette règle en appelait une autre. Il n'était pas possible de permettre au porteur du warrant de prolonger indéfiniment son recours contre les endosseurs, en retardant à son gré la vente. Il fallait l'obliger à réaliser dans un délai qui permît de concilier tous les intérêts en jeu. Ce délai a été fixé à un mois, et la pénalité qui en résulte pour le porteur du warrant, s'il le laisse s'écouler sans procéder à la vente, c'est la perte de son recours contre les endosseurs et le déposant (art. 9, loi de 1858).

Ainsi, le porteur du warrant pourra faire procéder à la vente des marchandises déposées, dès l'expiration de la huitaine qui suivra le protêt, et s'il veut conserver son recours il devra y procéder dans les trois semaines qui suivront cette expiration.

Que la vente soit poursuivie par le porteur du warrant ou par le déposant quand il a remboursé ce dernier, elle doit être opérée dans les formes et par les officiers publics indiqués dans la loi du 28 mai 1858, sur les ventes publiques des marchandises en gros (art. 7, loi du 28 mai 1858).

L'officier public compétent pour y procéder sera donc le courtier inscrit. La vente devra être faite aux enchères publiques et en gros, sans qu'il soit besoin pour cela d'aucune autorisation de justice, contrairement à ce qui est exigé pour les ventes publiques en détail. Elle pourra

porter sur des marchandises de toute espèce. Le minimum des lots sera de 100 francs. Toutes ces prescriptions de la loi de 1858 sur la vente publique des marchandises en gros, étant appliquées à la réalisation du gage commercial constitué en marchandises, ont déjà été étudiées par nous. Il nous suffira donc de les avoir très brièvement rappelées ici.

On s'est posé au sujet de la loi des warrants la question de savoir si le porteur du warrant a le droit, au lieu de faire vendre les marchandises, de s'en faire attribuer la propriété par justice jusqu'à concurrence du montant de sa créance, comme le créancier gagiste civil peut le faire pour son gage. Cette question du droit d'option du porteur du warrant est discutée et résolue comme celle du droit d'option du créancier gagiste commercial. Les uns, se basant sur le principe que nous avons déjà vu, estiment qu'il y a lieu pour cette loi, comme pour toutes les lois commerciales, de suppléer à son silence sur ce point, par l'application des règles du droit civil ; ils accordent donc le droit d'option au porteur du warrant comme ils l'avaient accordé au gagiste commercial. D'autres, au contraire, pensent que la loi de 1858 ayant créé un système complet sur la question se suffit à elle-même, et qu'on ne saurait par conséquent accorder au porteur du warrant d'autres moyens de se payer sur les marchandises, que ceux qui y sont expressément prévus.

La loi du 28 mai 1858 étant muette sur le pacte comissoire, on s'est également demandé s'il fallait prohiber

en cette matière ce genre de convention, comme on l'a fait pour le gage commercial.

Avant que la loi de 1863 ait consacré dans l'article 93 nouveau la prohibition du pacte comissoire pour le gage commercial, on étendait déjà à cette matière l'interdiction édictée par l'article 2078 du Code civil, par application du principe que, dans le silence des lois commerciales, c'est la loi civile qui doit être appliquée. Il semble donc qu'il y ait lieu de faire de même pour les warrants. Nous sommes ici en matière de gage et les considérations, pour ainsi dire d'ordre public, qui ont fait interdire le pacte comissoire, militent aussi fortement quand il s'agit de marchandises warrantées, que quand il s'agit de gage civil ou de gage commercial. Aussi décide-t-on que le pacte comissoire, s'il accompagnait la négociation d'un warrant, serait radicalement nul. Et l'on applique d'une façon générale aux diverses clauses possibles, les mêmes règles que nous avons déjà étudiées à propos du gage commercial proprement dit et que nous n'avons pas à examiner de nouveau ici.

CHAPITRE III

RÉALISATION DU GAGE ÉTABLI PAR LA LOI AU PROFIT DE CERTAINS ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT.

Avant la loi du 23 mai 1863, des lois spéciales avaient dérogé en faveur de plusieurs grands établissements de crédit aux règles compliquées du Code civil relatives à la constitution et à la réalisation du gage. Par les formes complexes qu'elles imposaient, par les lenteurs et les frais qui en étaient la conséquence, on les avait jugées de nature à entraver la marche et le fonctionnement de ces établissements dans leurs opérations de prêt. Aussi, soit dans l'intérêt des emprunteurs, soit surtout dans l'intérêt des établissements prêteurs eux-mêmes, devançant le progrès qui devait plus tard être atteint en cette matière, le législateur avait-il édicté les règles simplifiées que nous allons maintenant très brièvement étudier. Les établissements ainsi favorisés étaient la Banque de France et le Crédit foncier. La législation qui les régit sur ce point n'étant pas la même pour tous deux, nous l'étudierons séparément pour l'un et pour l'autre.

§ 1^{er}. — Banque de France.

La Banque de France est autorisée par ses statuts, par

des lois et des décrets spéciaux, à consentir des avances sur titres et des avances sur lingots.

Pour les avances sur lingots aucune législation spéciale n'est venue modifier au profit de la Banque les règles de réalisation : à défaut de paiement, la vente du gage ainsi constitué ne peut avoir lieu que sous les conditions déterminées par l'article 2078 du Code civil, s'il est civil, et par l'article 93 du Code de commerce, s'il est commercial. Nous n'avons donc pas à nous arrêter davantage à l'étude des avances sur lingots, puisqu'en ce qui concerne le point de vue spécial auquel nous nous plaçons dans ce travail, les règles applicables sont celles que nous avons déjà analysées.

Il n'en est pas de même pour les avances sur titres où de nombreux décrets et de nombreuses lois sont venus organiser au profit de la Banque le régime de faveur dont nous parlions plus haut. Par le décret du 16 janvier 1808 qui arrêta définitivement ses statuts, la Banque de France était autorisée à faire des avances sur les effets publics qui lui seraient remis en recouvrement, lorsque leurs échéances seraient déterminées. Une loi des 17-24 mai 1834 vint étendre le droit pour la Banque de consentir des avances sur titres, en supprimant la condition précédemment posée d'une échéance fixe des effets engagés.

Depuis, le nombre des titres sur lesquels la Banque peut consentir des avances a été considérablement augmenté. Aujourd'hui, elle fait des avances sur les divers titres émis par l'Etat français, bons du Trésor (D. 16 janvier 1808,

statuts de la Banque, art. 16) ; rentes sur l'Etat (L. 17 mai 1834, art. 3), ou assimilés aux titres de l'Etat, obligations tunisiennes (décision du Conseil général de la Banque de France, prise en 1899, sans qu'un décret soit intervenu); sur les actions et les obligations des chemins de fer français (D. 3 mars 1852, art. 2) ; sur les obligations de la Ville de Paris (D. 28 mars 1852, art. 1^{er}) ; sur les obligations du Crédit foncier (L. 9 juin 1857, art. 7 et D. 20 juillet 1857) ; sur les obligations de la Compagnie Algérienne (D. 13 janvier 1869, art. 1^{er}) ; sur les obligations des villes et des départements (D. 28 février 1880, art. 1^{er}) ; enfin sur les obligations de certaines chambres de commerce et de certains canaux rachetés par la Ville de Paris.

En même temps que la loi des 17-24 mai 1834 étendait comme nous l'avons vu la faculté pour la Banque de France de consentir des avances sur titres, elle déléguaît au pouvoir exécutif le droit de régler les formes et les conditions dans lesquelles seraient faites ces avances (art. 4). Une ordonnance royale des 15-27 juin 1834 vint répondre au désir de la loi en réglant le mode d'après lequel la Banque pourrait consentir les avances sur effets publics français à échéance non déterminée. C'est dans cette ordonnance, et dans de nombreux décrets qui l'ont suivie, mais qui tous se réfèrent à elle, que sont posées les règles dérogatoires aux formes du Code civil pour la réalisation du gage. On s'est demandé parfois si ces règles étaient légales, et si de semblables dérogations pouvaient

être apportées à une loi par une ordonnance ou un décret. La réponse à l'objection se trouve dans l'explication qui précède, et la légalité des règles posées par l'ordonnance du 27 juin 1834 n'est pas discutable, puisque cette ordonnance n'était elle-même rendue qu'en exécution et par délégation de la loi du 17 mai de la même année.

L'emprunteur sur titres, aux termes de l'article 3 de l'ordonnance du 27 juin 1834, doit souscrire envers la Banque l'engagement de rembourser dans un délai qui ne doit pas excéder trois mois les sommes qui lui ont été avancées. Cet engagement doit contenir en outre, de la part de l'emprunteur, l'obligation de couvrir la Banque du montant de la baisse qui pourrait survenir dans le cours des effets par lui transférés, toutes les fois que cette baisse atteindra 10 0/0 (art. 4). C'est l'inexécution par l'emprunteur de la double obligation contractée par lui dans son engagement qui ouvre au profit de la Banque le droit de faire réaliser son gage. Celle-ci procédera donc à la réalisation dans deux cas, soit à défaut de couverture en cas de baisse des titres, soit à défaut de remboursement à l'échéance. En cas de baisse des titres une seule formalité préliminaire lui est imposée. Elle doit, par un acte extra-judiciaire, mettre l'emprunteur en demeure de la couvrir de la baisse survenue. Si dans les trois jours de la mise en demeure l'emprunteur n'y a pas déféré, la Banque a le droit de passer à la vente des effets. Ce même droit lui est acquis, dès le lendemain de l'échéance, à défaut de remboursement par l'emprunteur, et sans qu'il soit besoin de

mise en demeure, ni d'aucune autre formalité (art. 3, ordonn. 27 juin 1834).

La vente aura lieu en Bourse par le ministère d'un agent de change. Avant d'y procéder, celui-ci devra se faire justifier par la Banque que l'échéance est arrivée, quand il s'agira de défaut de remboursement, et que les formalités préliminaires (mise en demeure et expiration d'un délai de trois jours) ont été observées, quand il s'agira de défaut de couverture en cas de baisse survenue. Ensuite, il procédera à la publicité en faisant apposer à la Bourse et dans ses bureaux une affiche signée de lui et indiquant la nature des valeurs à négocier, leur quantité, l'acte en vertu duquel la vente est poursuivie, le nom de l'agent de change qui en est chargé et le jour auquel cette négociation aura lieu. Enfin, il passera à la vente en Bourse dont le bordereau dressé par lui avec désignation des titres vendus, servira de procès-verbal. La Banque alors se remboursera sur le produit net de la vente du montant de ses avances en capital, intérêts et frais. Le surplus, s'il y en a, sera remis à l'emprunteur.

§ 2. — Crédit foncier de France.

Le Crédit foncier, comme on l'a dit, se résume en une grande société anonyme créée par le gouvernement pour aider les propriétaires d'immeubles à se procurer les capitaux dont ils ont besoin. Dans ce but, il leur consent des prêts hypothécaires remboursables en général par an-

nuités et à long terme. Il est autorisé à effectuer ses prêts, soit en numéraire, soit en lettres de gage ou obligations foncières qu'il peut émettre pour une valeur égale au montant des sommes qui lui sont dues hypothécairement par les emprunteurs. Le prêt en numéraire est nécessairement limité et le fonctionnement idéal de la caisse du Crédit foncier voudrait que ses avances fussent toutes faites en lettres de gage. Grâce à ce système, l'établissement se dispenserait de l'obligation d'emprunter d'une main pour prêter de l'autre, et sans être tenu à faire des appels constants de fonds, réaliserait l'intermédiaire idéal entre les capitalistes et les emprunteurs, intermédiaire dont les lettres de gage seraient la seule monnaie.

Pour atteindre ce résultat, ou du moins pour s'en rapprocher dans la mesure du possible et accroître le développement des prêts en obligations foncières, il fallait amener l'emprunteur à accepter le prêt fait sous cette forme. Mais comme l'emprunteur a presque toujours besoin d'espèces, il fallait trouver un moyen qui lui permit d'échanger facilement les lettres de gage contre du numéraire. Pour cela, le Crédit foncier fut autorisé par le décret du 28 juin 1856 à mettre du numéraire à la disposition des emprunteurs contre dépôt de ses propres lettres de gage, c'est-à-dire à leur consentir des avances sur ses obligations. Pour lui permettre de consentir ces avances, le même décret autorisait le Crédit foncier à recevoir dans des conditions déterminées des capitaux en dépôt, dont une part serait versée au Trésor en compte courant et le

reste affecté aux avances sur obligations foncières. Cette innovation, en facilitant la circulation des lettres de gage, devait amener les emprunteurs à les accepter en prêt. Ils trouvaient en effet par ce moyen, avec des titres d'une échéance éloignée ou incertaine, la possibilité de se procurer immédiatement des capitaux. D'autre part, ils évitaient la nécessité d'une réalisation hâtive et par conséquent souvent préjudiciable en cas de besoin pressant d'argent. Au lieu de vendre à tout prix à un moment où l'abondance des offres provoque la baisse, ils trouvaient la faculté de se faire consentir des avances sur leurs titres pour ne les écouler qu'avec lenteur et à des époques meilleures pour la réalisation.

Ces avances sur obligations foncières permises le 28 juin 1856 au Crédit foncier, furent soumises aux règles de droit commun jusqu'au 25 juin 1857, où une loi vint décréter que les articles 2074, 2075 et 2078 du Code civil ne leur seraient pas applicables (art. 1^{er}, loi 19-25 juin 1857). L'expérience avait montré qu'un régime de faveur devait nécessairement être fait sur ce point au Crédit foncier, pour permettre au système de se développer et de fonctionner régulièrement au mieux des intérêts des prêteurs et des emprunteurs. Nous n'avons pas à nous arrêter ici sur les avantages de célérité et d'économie que présentait en cette matière la suppression de l'application des articles 2074 et 2075 du Code civil. Quant à celle de l'article 2078 concernant la réalisation, ses avantages sont évidents. D'abord la mesure de garantie que constituent

contre le créancier gagiste les règles de réalisation de l'article 2078 n'avait plus de raison d'être dans un établissement organisé et contrôlé comme le Crédit foncier de France. D'autre part, les formalités imposées par l'article 2078 ne s'accordaient nullement avec la nature de ce genre d'opération et les lenteurs qui en découlaient étaient au contraire une entrave absolue à la rapidité nécessaire aux avances sur titres. En effet, les fonds destinés aux prêts sur lettres de gage proviennent, nous l'avons vu, de dépôts faits au Crédit foncier en comptes courants et qui par conséquent doivent être incessamment remboursables. Il fallait donc que la société qui pouvait être appelée à restituer ces fonds sur l'heure, pût aussi, à défaut de paiement à l'échéance, rentrer instantanément dans ses avances. C'est pour atteindre ce résultat que fut présenté le projet qui est devenu la loi du 25 juin 1857 où le législateur ne fit d'ailleurs qu'accorder au Crédit foncier la faveur déjà faite d'une manière plus large à la Banque de France par l'ordonnance du 15 juin 1834 que nous avons analysée plus haut.

Les règles de réalisation imposées au Crédit foncier par la loi du 25 juin 1857 pour les obligations foncières sur lesquelles il a consenti des avances non remboursées à l'échéance, sont en effet les mêmes que celles imposées à la Banque de France en cas d'avances sur titres par l'ordonnance du 15 juin 1834. L'article 2 de la loi de 1857 prévoit de la part de l'emprunteur le même engagement que nous avons vu être exigé de lui vis-à-vis de la Banque par

l'article 3 de l'ordonnance. Et l'article 3 de la même loi dispose comme l'article 3 de l'ordonnance auquel d'ailleurs il se réfère *expressément*, qu'à défaut de remboursement, dès le lendemain de l'échéance, la société du Crédit foncier peut, sans qu'il soit besoin de mise en demeure, faire procéder par le ministère d'un agent de change à la vente du titre sur lequel elle a consenti une avance. La réalisation s'opère en Bourse dans les mêmes conditions et avec la même procédure que pour les effets publics vendus à la requête de la Banque de France, et le produit net de la vente est affecté au remboursement du Crédit foncier, en capital, intérêts et frais, le surplus, s'il y en a un, revenant à l'emprunteur.

Depuis la loi de 1857, la faculté accordée au Crédit foncier de faire des avances sur dépôts de valeurs a été considérablement étendue. En effet, les dépôts en comptes-courants s'étant augmentés et les avances sur obligations foncières étant demeurées peu considérables, on put craindre une trop grande immobilisation de capitaux dans les caisses du Trésor, et l'on jugea nécessaire d'augmenter la portion disponible des sommes déposées et de prévoir d'autres modes d'emploi. Aujourd'hui la société du Crédit foncier consent des prêts non seulement sur ses propres obligations, mais encore sur tous les autres titres admis par la Banque de France comme garanties d'avances.

Mais il est à noter, au point de vue qui seul nous intéresse, que le régime de faveur organisé au profit de la société du Crédit foncier par la loi de 1857, pour la constitu-

tion et la réalisation de son gage, quand il s'agit d'avances faites sur ses propres obligations, n'est pas applicable aux prêts qu'il consent sur ces autres titres. Pour ces derniers il ne jouit pas du même privilège que la Banque de France et demeure soumis aux formalités de droit commun.

CHAPITRE IV

DE LA RÉALISATION DES FONDS DE COMMERCE

DONNÉS EN NANTISSEMENT.

Il nous reste à traiter la dernière partie, et non la moins importante de cette étude, la réalisation des fonds de commerce donnés en nantissement. Jusqu'à ce jour, pas un texte de loi n'avait prévu ce point, d'une application cependant si pratique. La loi du 1^{er} mars 1898, réduite à un court paragraphe inséré dans l'article 2075 du Code civil, ne s'en était pas préoccupée, pas plus d'ailleurs que d'autres nombreuses questions non moins importantes qui rendaient absolument nécessaire un remaniement complet de la législation sur ce point. On se référait donc suivant le cas aux règles du Code civil ou du Code de commerce relatives à la réalisation du gage que nous avons déjà étudiées ; et, la jurisprudence aidant, on procédait à la réalisation du fonds de commerce, suivant les formes que nous examinerons plus loin.

L'insuffisance manifeste de la législation en cette matière soulevait néanmoins les doléances et les réclamations incessantes du commerce. Plusieurs projets de loi avaient successivement été proposés pour répondre à ces plaintes et à ces appels dont un seul d'ailleurs, élaboré par une

commission de la Société d'études législatives de Paris, sous la présidence de M. Thaller, réglementait expressément la réalisation. Aucun cependant n'avait pu voir le jour. Enfin, une dernière proposition était présentée au Sénat le 21 mars 1905 par M. Cordelet ; elle est devenue la loi du 17 mars 1909. Cette loi nouvelle crée sur la matière un système complet de législation et constitue dorénavant le seul texte auquel il faille se reporter pour tout ce qui concerne la vente et le nantissement des fonds de commerce.

Nous diviserons cette étude en deux parties : dans la première nous étudierons la réalisation du fonds nanti telle qu'elle était pratiquée sous le régime de la loi du 1^{er} mars 1898 ; dans la seconde, nous étudierons cette réalisation telle que vient de l'organiser la loi du 17 mars 1909.

SECTION I. — Réalisation du fonds nanti sous le régime de la loi du 1^{er} mars 1898.

Dans le silence de la législation antérieure à 1898, la question s'était posée de savoir s'il était possible de conférer aux créanciers un véritable droit de gage sur un fonds de commerce, sans les mettre réellement en possession du fonds. La majorité des cours d'appel admettaient l'affirmative pourvu que le nantissement satisfît aux conditions exigées pour la mise en gage des meubles incorporels. Les tribunaux de commerce, au contraire, maintenaient énergi-

quement la négative, estimant la jurisprudence des juridictions civiles contraire à la fois, aux principes juridiques et aux intérêts du commerce. C'est pour mettre fin à ce conflit, arrivé à l'état aigu, qu'intervint la loi du 1^{er} mars 1898 qui, pour atteindre ce but unique, se borna à organiser la publicité de la dation des fonds de commerce en nantissement. La mise en gage des fonds de commerce se trouvait ainsi législativement réglée. Mais sur leur réalisation la loi continuait à demeurer muette. Quand la dette contractée par le débiteur propriétaire du fonds arrivait à échéance et que ce dernier ne se libérait pas, comment le créancier nanti pouvait-il obtenir son remboursement ? Telle était la question qui se posait et que nous allons maintenant étudier, en distinguant le cas où le débiteur est *in bonis* de celui au contraire où il est en état de faillite ou de liquidation judiciaire.

§ 1^{er}. — Le débiteur est *in bonis*.

La loi du 1^{er} mars 1898, venons-nous de dire, n'avait pas réglé la réalisation du gage. Quelles formes devait donc alors observer le créancier nanti pour parvenir à cette réalisation ? Dans le silence de la loi on appliquait sur ce point les principes généraux du droit et l'on distinguait suivant que le nantissement avait sa source dans une obligation civile ou dans une obligation commerciale. Dans le premier cas, on traitait le nantissement comme un gage civil et l'on appliquait l'article 2078 du Code civil ;

dans le second, on le traitait comme un gage commercial, et c'était à l'article 93 du Code de commerce que l'on recourait pour les règles de la réalisation.

Nous n'avons pas à revenir ici sur le détail de ces règles déjà longuement étudiées à leur place dans notre étude. Il nous suffira de les rappeler brièvement. Le créancier civil bénéficiaire d'un nantissement sur fonds de commerce et qui voulait le réaliser devait donc avant tout s'adresser à justice. Il assignait son débiteur devant le tribunal civil et là il avait le choix entre les deux partis que nous savons. Il pouvait faire ordonner par le tribunal que le fonds lui demeurerait en paiement jusqu'à due concurrence, après une évaluation faite par experts. Le juge pouvait lui-même d'ailleurs, sans recourir à l'expertise, apprécier la valeur du fonds. Si l'évaluation du fonds était inférieure à la créance garantie, le fonds était attribué en paiement au créancier jusqu'à concurrence du prix d'estimation et le débiteur restait tenu du surplus. Si l'évaluation était supérieure, le créancier nanti à qui on attribuait encore le fonds devenait, pour la différence, débiteur du propriétaire du fonds réalisé. Si au contraire le créancier nanti ne voulait pas prendre le fonds, il pouvait en faire ordonner la vente aux enchères publiques par le ministère d'un officier public compétent avec concurrence et publicité.

Quand le nantissement garantissait une créance commerciale, c'étaient au contraire les formalités de l'article 93 du Code de commerce qui s'imposaient au créancier pour

la réalisation. Il devait alors faire sommation à son débiteur d'avoir à lui rembourser le montant de son obligation. Huit jours après cette sommation demeurée infructueuse, il pouvait faire procéder à la vente du fonds aux enchères publiques, sans être tenu pour cela de solliciter aucune autorisation de justice.

Le créancier à qui un nantissement sur fonds de commerce avait été accordé pour garantie d'une créance commerciale en était-il réduit à poursuivre la vente du fonds, ou pouvait-il au contraire choisir comme le créancier civil, et demander au tribunal l'attribution de ce même fonds en paiement jusqu'à due concurrence ? C'est la question du droit d'option déjà longuement étudiée à propos du gage commercial. On sait que sur ce point la doctrine accorde généralement le droit d'option au créancier gagiste commercial, tandis que la jurisprudence est unanime à le lui refuser. La divergence de vues était la même en matière de fonds de commerce puisqu'il n'y avait là que transposition des règles civiles ou commerciales, suivant les cas. Nous verrons, en étudiant la loi du 17 mars 1909, que le législateur a donné raison à la jurisprudence sur la doctrine et consacré définitivement le refus du droit d'option au créancier bénéficiaire d'un nantissement sur fonds de commerce.

Ici se pose une importante question, celle de savoir, en cas de vente aux enchères publiques du fonds de commerce nanti, quel était l'officier public compétent, notaire ou commissaire-priseur ? La question ne se pose évidemment

que dans le cas de vente en bloc du fonds de commerce, éléments incorporels et corporels réunis. S'il s'agissait de vendre uniquement et séparément les objets mobiliers qui dépendent du fonds et le garnissent, la compétence des commissaires-priseurs ne se discuterait même pas.

La revendication par les notaires et les commissaires-priseurs du monopole des ventes publiques de fonds de commerce est ancienne. Dès le 23 mars 1836 (S. 36.1.15) la Cour de cassation était appelée à statuer sur la question. Elle se prononçait d'ailleurs nettement en faveur des notaires. Elle décidait que le droit des commissaires-priseurs de procéder à la vente aux enchères publiques d'effets mobiliers, à l'exclusion de tous autres officiers ministériels, ne s'étendait pas aux meubles incorporels et que notamment les ventes de fonds de commerce leur étaient interdites. Peu importait d'ailleurs le mélange d'éléments corporels et incorporels qui existe nécessairement en pareil cas. Dans ce premier état de la jurisprudence c'était donc la compétence exclusive des notaires qui se trouvait consacrée.

Mais la jurisprudence varie et peu à peu l'on vit s'introduire dans ses arrêts un nouveau principe moins catégorique et qui comportait des distinctions. Il était basé sur la règle *accessorium sequitur principale*. Si dans un fonds de commerce l'élément incorporel existe seul, l'élément corporel manquant, les notaires sont seuls compétents pour le vendre. Si au contraire, comme cela se produira la plupart du temps, le fonds comprend à la fois des éléments

corporels et des éléments incorporels, il faut distinguer et chercher ceux qui prédominent. Si ce sont les éléments incorporels, la compétence exclusive appartient encore aux notaires ; si ce sont au contraire les éléments corporels, elle appartiendra aux commissaires-priseurs qui seuls pourront vendre l'ensemble du fonds. Cette distinction nouvelle n'était que la conséquence logique d'une autre distinction analogue déjà posée par la Cour de cassation dans un arrêt du 13 mars 1888. Appelée dans cet arrêt à se prononcer sur la nature juridique du fonds de commerce, elle avait déclaré que c'était une universalité juridique de nature tantôt incorporelle, tantôt corporelle suivant la prédominance des éléments incorporels ou des éléments corporels du fonds. Partant de là, la solution donnée par la Cour suprême sur la question de compétence pour la vente publique du fonds s'était logiquement imposée.

Cette solution pouvait-elle être maintenue après la loi du 1^{er} mars 1898 ? Pour répondre à cette question, il faut auparavant en trancher une autre, celle de savoir si la loi du 1^{er} mars 1898 a consacré l'opinion de la Cour de cassation sur la nature juridique du fonds de commerce ou si au contraire elle ne l'a pas modifiée. Quelle a été pour le législateur de 1898 la conception de la nature juridique du fonds de commerce ? Un premier point certain qui ressort des travaux préparatoires et qui d'ailleurs n'est pas discuté, c'est que la loi de 1898 a consacré le principe de l'universalité du fonds. Nous ne nous arrêterons pas ici à examiner si cette universalité est une universalité juri-

dique, une universalité de fait ou bien une universalité mixte, participant à la fois de l'une et de l'autre, nous retiendrons seulement ce second point également certain, c'est que, dans tous les cas, c'est une universalité de nature incorporelle, quels que soient les éléments qui rentrent dans la composition du fonds. Les travaux préparatoires le disent expressément : « Il y a donc là (dans le fonds de commerce) un ensemble indivisible, lequel a la nature incorporelle, bien que pouvant contenir des éléments corporels » (Rapport de M. Thézard au Sénat) ; et la jurisprudence postérieure est également formelle sur ce point (Dijon, 17 mai 1901, D. P. 01.2.471 ; Paris, 1^{er} août 1901, D. P. 01.2.97). L'universalité du fonds étant dorénavant considérée comme une universalité d'une nature invariablement incorporelle, il ne pouvait plus être question de rechercher quels étaient dans le fonds les éléments qui prédominaient sur les autres. Le tribunal civil de Rochefort, appelé à se prononcer sur la question par les commissaires-priseurs qui prétendaient revendiquer le droit de vente d'un fonds de commerce dans lequel l'élément corporel dominait, a rejeté la prétention de ces derniers et décidé qu'il n'y avait plus à distinguer. « La distinction créée par la Cour de cassation (arrêt de 1888), dit-il, n'a plus sa raison d'être depuis la loi du 1^{er} mars 1898, qui a créé l'unité du fonds de commerce et organisé un système unique de publicité pour la dation en nantissement dudit fonds. Le législateur a entendu envisager la nature du fonds de commerce comme une universalité de

droit, indépendante de ses éléments et les absorbant dans son unité. Cette nouvelle conception juridique doit recevoir son effet, non seulement dans la seule matière du nantissement, mais encore dans toute matière où sa composition se trouve en jeu, en raison même de la non-diversité et de l'unité de sa nature (1). » Cette décision du tribunal de Rochefort a cependant été infirmée par un arrêt de la Cour de Poitiers du 19 janvier 1903, déclarant que si la loi de 1898 a considéré le fonds de commerce comme une universalité juridique, c'est seulement pour le nouveau mode spécial de publicité qu'elle organisait, mais qu'il y a lieu de restreindre là la portée de cette fiction admise par la loi et qu'elle ne doit pas être étendue à la vente publique du fonds. A notre avis, les travaux préparatoires de la loi de 1898 ne laissent aucun doute sur la conception que le législateur se faisait du fonds de commerce considéré d'une façon absolument générale. Le texte cité plus haut le prouve. Le caractère d'universalité incorporelle reconnue dorénavant au fonds devait donc le soustraire pour la vente à la compétence des commissaires-priseurs. Le tribunal civil de Rochefort nous semble donc avoir donné une solution plus juridique et plus logique à la fois que la Cour de Poitiers. Avant la loi de 1898, le fonds de commerce rentrait pour la vente aux enchères dans la compétence des notaires, quand il avait uniquement le caractère incorporel ; depuis cette loi, il devait y

(1) Trib. civ. Rochefort, 3 juillet 1902, *Revue du Notariat*, n° 11.171.

rentrer de droit et sans exception puisque ce caractère lui était invariablement reconnu. C'est du reste à cette dernière solution que s'est rangée la jurisprudence postérieure et depuis longtemps la compétence notariale en cette matière n'est déjà plus discutée.

Comment le notaire désigné pour réaliser le fonds procède-t-il à cette réalisation ? Il rédige d'abord un cahier des charges pour permettre aux acquéreurs possibles de se renseigner sur les conditions de la vente. Il indique la durée du bail et ses conditions, les charges qui peuvent grever le fonds, les éléments qui le composent avec leur estimation, enfin la mise à prix de l'ensemble. Puis il provoque les enchères par une publicité. Enfin il procède à l'adjudication aux jour, lieu et heure qui ont été fixés par lui.

§ 2. — Le débiteur est en faillite ou en liquidation judiciaire.

La situation du créancier nanti sur fonds de commerce est vis-à-vis de la faillite et de la liquidation judiciaire la même que celle du créancier gagiste ordinaire. Les solutions que nous avons vu être admises pour celui-ci par la jurisprudence et la doctrine sont les mêmes pour celui-là. Il nous suffira de les rappeler ici. Le créancier nanti est en dehors de la faillite et de la liquidation judiciaire, il peut par conséquent poursuivre lui-même, contre la faillite ou la liquidation judiciaire, la réalisation du fonds sur lequel il est investi d'un droit exclusif. S'il

veut se borner à poursuivre cette réalisation, sans prétendre ensuite, pour le cas où elle ne le désintéresserait pas intégralement, concourir avec les créanciers chirographaires aux distributions de dividendes, il n'est tenu ni de faire vérifier, ni d'affirmer sa créance. Ces formalités ne lui sont imposées que s'il veut exercer *dans* la faillite un droit quelconque, par exemple participer aux distributions de dividendes en cas d'insuffisance de son gage ou bien prendre part au vote du concordat. La solution sur ce point est la même, que le créancier nanti poursuive lui-même la réalisation du fonds ou qu'il le laisse réaliser par le syndic pour se borner à réclamer ensuite directement à ce dernier le prix provenant de cette réalisation. On a voulu soutenir dans ce dernier cas qu'en se bornant après la vente faite par le syndic à venir réclamer par privilège l'attribution du prix, le créancier nanti exerçait un droit *dans* la faillite, et qu'il devait être soumis aux formalités d'affirmation de vérification. C'est à tort, selon nous. « Peu importe comment il exerce son droit de préférence, la dispense de vérification et d'affirmation étant le résultat *de la nature de son droit* et non de la nature des biens sur lesquels il exerce ce droit (1). »

Dans l'étude de la réalisation du fonds nanti en cas de faillite ou de liquidation judiciaire, nous distinguerons deux cas, celui où le créancier poursuit lui-même la réalisation et celui où il la laisse poursuivre par le syndic.

(1) Wahl sous S. 01.2.179.

1^{er} Cas. — Réalisation du fonds par le créancier nanti.

Le créancier nanti, nous venons de le voir, est en dehors de la faillite. Il peut donc poursuivre lui-même la vente du fonds comme s'il agissait contre son propre débiteur. Il doit alors observer les règles que nous venons d'étudier et se soumettre à l'article 2078 du Code civil si la créance garantie par son nantissement est civile, à l'article 93 du Code de commerce si elle est commerciale. Dans tous les cas, il devra procéder contre la faillite ou la liquidation judiciaire.

Le syndic peut-il s'opposer à ce que le créancier nanti réalise le fonds ? Non, à ce point de vue le syndic est sans droit contre lui, puisque, nous l'avons dit, le créancier nanti est en dehors de la faillite. A moins de contester la valeur du nantissement lui-même, ce qui entraînerait nécessairement un sursis à la vente devant le tribunal, il est donc obligé de subir la réalisation poursuivie par le créancier. S'il juge que dans l'intérêt de la masse il serait préférable de continuer l'exploitation du fonds ou bien d'attendre un moment plus propice pour la réalisation, il n'a qu'un moyen d'atteindre ce résultat, c'est d'user de l'article 547 du Code de commerce et de faire disparaître le nantissement en remboursant intégralement le créancier, après y avoir été autorisé par le juge-commissaire.

Si le syndic laisse poursuivre la réalisation par le créancier nanti, ou bien si, ayant fait opposition à cette réalisation, il a vu son opposition rejetée par le tribunal,

la vente du fonds se poursuit dans les formes que nous avons étudiées à la requête du créancier, et ce dernier après réalisation se paye sur le prix dont l'excédent, s'il y en a un, est versé ensuite entre les mains du syndic.

2° Cas. — *Réalisation du fonds par le syndic.*

La plupart du temps, en raison des difficultés nombreuses auxquelles peut donner lieu la poursuite en réalisation du fonds, le créancier nanti laisse le syndic poursuivre la vente. Celui-ci, dans ce cas, doit obtenir l'autorisation écrite du créancier nanti et celle du juge-commissaire. Il procède ensuite soit à la vente amiable, soit à la vente aux enchères publiques par devant notaire dans les formes accoutumées.

Que faudrait-il décider si le créancier nanti refusait au syndic l'autorisation de vendre le fonds sans demander à en poursuivre la réalisation lui-même ? Dans ce cas, le droit du syndic de faire réaliser l'actif se trouverait paralysé par l'inaction et le refus injustifié du créancier nanti. On ne veut pas que pareil fait puisse se produire et l'on décide dans ce cas que le syndic pourra passer outre à la réalisation du fonds, à condition seulement de faire sommation au créancier nanti de prendre connaissance du cahier des charges, d'y insérer ses dires et moyens et d'assister à l'adjudication. Le créancier nanti se trouve ainsi lié à la vente qui lui sera aussi régulièrement opposable que s'il avait donné lui-même son autorisation.

Telles sont, brièvement résumées, les règles d'après

lesquelles se poursuivait sous le régime de la loi du 4^{er} mars 1898 la réalisation des fonds de commerce nantis. Ce système inspiré, dans le silence des textes, des principes généraux du droit, présentait néanmoins de nombreux inconvénients qui faisaient désirer un complément de législation indispensable sur ce point. La loi du 17 mars 1909 est venue combler cette lacune existante. Nous allons voir maintenant, en étudiant le système complet de réalisation organisé par elle, si elle a donné à la pratique les satisfactions attendues.

SECTION II. — Réalisation du fonds de commerce
d'après la loi du 17 mars 1909.

La loi du 4^{er} mars 1898, sous le nom de nantissement, avait en réalité créé une nouvelle hypothèque mobilière. En effet, ce qui caractérise le gage, c'est la mise en possession du créancier gagiste de l'objet affecté à sa garantie dont on dit qu'il est dorénavant *nanti*. Or, en matière de fonds de commerce, le nantissement s'opérait sans cette mise en possession du créancier, uniquement par l'inscription du privilège sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce. Ce prétendu gage sans dessaisissement, soumis à la publicité, n'était donc au fond qu'une véritable hypothèque.

La loi du 17 mars 1909, sans donner davantage au prétendu nantissement qu'elle réglemente son véritable nom d'hypothèque, poursuit cependant l'assimilation du fonds de commerce nanti à l'immeuble hypothéqué. Non seule-

ment le nantissement des fonds de commerce s'opère sans dessaisissement, non seulement il est soumis à une publicité plus étendue encore que celle de l'ancienne loi, mais il emprunte aujourd'hui nombre de règles nouvelles au système hypothécaire. Le droit de suite du créancier nanti, que certains lui contestaient sous la loi de 1898, lui est formellement reconnu par la loi de 1909 ; bien plus, ce même droit est accordé même aux créanciers chirographaires. La procédure de purge est introduite et des surenchères du sixième et du dixième sont organisées.

Néanmoins, malgré tous les emprunts faits par elle, soit aux règles du régime hypothécaire, soit à celles de la saisie immobilière, la loi du 17 mars 1909 organise pour le fonds de commerce un système complet et d'ailleurs assez original de réalisation. C'est ce système que nous allons essayer d'analyser aussi clairement que possible, si confus et si compliqués que soient les articles où il est établi (1).

Après avoir examiné la question de savoir sur quoi peut porter exactement la réalisation organisée par la loi nouvelle, nous étudierons les divers cas dans lesquels elle peut être poursuivie, les règles de compétence et de pro-

(1) Nous devons ici adresser l'expression de toute notre reconnaissance à M. le professeur Bouvier-Bangillon qui non seulement nous a aidé de ses conseils dans l'étude difficile de cette nouvelle loi, mais encore a bien voulu mettre à notre disposition les notes très intéressantes du commentaire qu'il en prépare. Les théories soutenues par nous sur ce sujet sont toutes inspirées de ces notes.

cédure à observer pour l'atteindre et les formes enfin d'après lesquelles elle est opérée.

§ 1. — Question préliminaire. — La réalisation organisée par la loi nouvelle ne peut-elle porter que sur le fonds considéré dans l'ensemble de ses éléments ou peut-elle se réduire à certains de ces éléments ?

On lit dans le rapport supplémentaire présenté au Sénat par M. Cordelet au nom de la commission, avant la seconde délibération, le passage suivant : « Nous devons faire remarquer, avant de passer au chapitre II de la proposition de loi, que tout le chapitre I s'applique à la vente du fonds de commerce, corps certain, considéré dans l'ensemble de ses éléments. Les articles 3 et 4 notamment relatifs à la vente du fonds de commerce ne sont pas applicables à la vente d'un ou de plusieurs de ses éléments. Il en est de même de l'article 5 relatif à la surenchère du sixième. »

Il semble bien ressortir de ce passage que dans la loi nouvelle, tout ce qui touche à la vente et par conséquent à la réalisation du fonds ne saurait s'appliquer qu'au fonds considéré dans son ensemble comme un tout indivisible, mais non à un ou plusieurs de ses éléments séparés.

Cependant une pareille règle ne saurait être posée, car en admettant même que l'intention du législateur ait été de restreindre au fonds, considéré dans son ensemble, les règles de réalisation qu'il édictait, en fait on se trouve

forcé d'admettre l'application de ces règles même à un seul élément du fonds. En effet, il résulte clairement des travaux préparatoires que la compréhension du fonds de commerce est essentiellement variable, et que, sauf en ce qui concerne le nantissement, d'où il a notamment exclu les marchandises, le législateur n'a pas entendu la déterminer. « Le législateur, dit M. Cordelet, a sagement agi en ne définissant pas le fonds de commerce au point de vue d'une vente : la question de savoir ce qui s'y trouve compris n'est et ne peut être qu'une question de fait et d'interprétation de la volonté des parties. » Et ailleurs, il cite ce passage de la définition du fonds de commerce donnée dans le *Répertoire Labori* : « On s'imagine même des fonds de commerce sans matériel et réduits simplement à la clientèle ; il en est ainsi pour certains intermédiaires qui exercent le commerce dans leur appartement. » Parmi les nombreux éléments susceptibles de constituer le fonds de commerce, achalandage, clientèle, enseigne, nom commercial, droit au bail, marques de fabrique, brevets et licences, mobilier, matériel, marchandises, livres, correspondance, etc..., etc..., le fonds peut donc n'en comprendre que quelques-uns, voire même être réduit à un seul.

Sans doute, quand le fonds de commerce sera réduit à un seul élément, la réalisation organisée par la loi pourra lui être appliquée en tant que cet élément représentera l'ensemble même du fonds. On pourra donc dans ce cas appliquer les règles nouvelles de réalisation à un seul élément du fonds.

Mais alors une question se pose, insoluble à notre sens : comment saura-t-on quand la réalisation sera poursuivie d'un seul élément du fonds, s'il s'agit d'un élément séparé ou du fonds réduit à un seul élément ? Pour nous, on ne le saura pas. Et alors, décider en droit que les règles de réalisation organisées par la loi du 17 mars 1909 pourront s'appliquer à un seul élément du fonds, mais seulement quand cet élément constituera à lui seul le fonds lui-même, cela revient à admettre qu'en fait on pourra toujours appliquer ces mêmes règles à un élément séparé, puisqu'il sera impossible de savoir si l'on ne se trouve pas dans le cas d'un fonds réduit à ce seul élément. Au surplus, l'article 20 semble bien prévoir lui-même la réalisation en vertu de la loi nouvelle d'un élément séparé du fonds : « Il ne sera procédé à la vente séparée d'un ou *plusieurs* éléments d'un fonds de commerce grevé d'inscription poursuivie soit sur saisie-exécution, *soit en vertu de la loi nouvelle...* » Il faut donc conclure que la réalisation pourra être poursuivie selon la loi de 1909, non seulement contre l'ensemble du fonds, mais même contre tout élément séparé.

§ 2. — Divers cas de réalisation du fonds organisés
par la loi nouvelle.

Nous avons vu que dans le silence de la loi de 1898 sur la réalisation du fonds nanti on appliquait les règles du droit commun : l'article 2078 du Code civil si le nantissement avait sa source dans une obligation civile ; l'article 93 du Code de commerce quand il avait sa source dans une

obligation commerciale. Comme conséquence, dans le premier cas on accordait le droit d'option au créancier nanti ; dans le second cas, la doctrine seule le lui reconnaissait, la jurisprudence le lui déniait. Sous le régime de la loi de 1909 où toutes ces distinctions sont supprimées, la question du droit d'option ne se posera plus. Elle a été prévue expressément par l'article 8, alinéa 2, où le législateur se rallie à l'opinion de la jurisprudence. « Le nantissement d'un fonds de commerce ne donne pas au créancier gagiste le droit de se faire attribuer le fonds en paiement et jusqu'à due concurrence... (art. 8, al. 2). Il ne lui a pas paru qu'en cette matière, même si le nantissement garantit une créance civile, l'option dût être laissée au créancier. « Si cette disposition (de l'art. 2078), dit M. Cordelet dans son rapport, peut se comprendre quand il s'agit d'un gage de peu d'importance en la possession du créancier et dont il est facile d'apprécier la valeur, il n'en est pas de même d'un fonds de commerce dont la valeur est considérable et dont l'attribution au créancier gagiste, après expertise, ne présente pas, pour les divers intérêts en cause, autant de garanties que la vente aux enchères publiques. » Dorénavant, le créancier nanti sur fonds de commerce n'aura donc jamais le choix et devra toujours faire procéder à la vente du fonds aux enchères quand il voudra le réaliser.

Au début de la section consacrée à la réalisation du gage, le législateur a prévu certains faits qui, de nature à diminuer les sûretés des créanciers inscrits, ou bien

entraînent de plein droit la déchéance du terme, ou bien permettent aux intéressés de la demander aux tribunaux. Ces cas spéciaux sont visés dans l'article 13. Prenant le créancier gagiste au moment où il réalise et supposant par conséquent que, normalement ou non, sa créance est venue à exigibilité, nous n'avons pas à les examiner ici.

Nous pouvons donc aborder immédiatement l'étude des divers cas de réalisation prévus par la nouvelle loi. Nous en distinguerons trois : la réalisation directe (art. 16), la réalisation indirecte (art. 15 et art. 20) et la réalisation simplifiée (art. 18).

A. — *Réalisation directe.*

L'application faite jusqu'à ce jour à la réalisation du fonds nanti des règles de l'article 2078 quand le nantissement était civil, et de celles de l'article 93 quand le nantissement était commercial a paru, à juste titre, insuffisante pour le nantissement nouveau, tel qu'il était organisé par la loi. A cette situation nouvelle il fallait une procédure spéciale. Les considérations qui ont sur ce point déterminé le législateur sont exprimées dans le rapport de M. Cordelet au Sénat. Elles peuvent se résumer ainsi. Quand le créancier nanti, ou même simplement un créancier chirographaire, veut poursuivre la vente du fonds, quelle procédure trouve-t-il à sa disposition ? Le créancier chirographaire n'a que la saisie-exécution, mais celle-ci est destinée aux meubles corporels et on ne saurait songer à l'appliquer au fonds de commerce considéré dans son

ensemble qui est un meuble incorporel. La saisie-arrêt et la saisie des rentes constituées sur particuliers ne lui sont pas davantage applicables. Il faut donc, à peine de rendre, en fait, le fonds insaisissable, créer une procédure spéciale pour sa réalisation. Le créancier nanti a bien eu jusqu'à ce jour dans ce but à sa disposition, suivant le caractère civil ou commercial de son nantissement, les articles 2078 du Code civil et 93 du Code de commerce. Mais leur application ne peut plus être maintenue. En vertu de ces articles, le créancier nanti ne pourra poursuivre la vente que des éléments du fonds expressément compris dans son nantissement ; or, les marchandises en sont de droit exclues : elles devront donc être vendues séparément, et cette disjonction exposera souvent à une forte dépréciation. Quant à l'article 93 du Code de commerce, si ses formes simplifiées ont leur raison d'être quand il s'agit d'un gage ordinaire en la possession du créancier, elles la perdent ici en raison de l'importance de l'objet grevé du privilège et du défaut de possession du créancier.

Dans la pratique, avant la loi nouvelle, lorsqu'un créancier autre qu'un créancier nanti voulait poursuivre la vente d'un fonds, il pouvait procéder de la façon suivante. Muni d'un titre exécutoire, il faisait d'abord saisir les marchandises, le matériel et les meubles meublants garnissant le fonds de commerce. Ensuite, s'il prévoyait que le prix de la vente serait insuffisant pour le désintéresser et si d'autre part il hésitait à faire déclarer la faillite de son débiteur, il pouvait se pourvoir devant le tribunal et obtenir, comme

pour les autres meubles incorporels, un jugement ordonnant l'adjudication par devant notaire de l'ensemble du fonds (1). C'est ce procédé inventé par la pratique qui a inspiré l'article 16 de la nouvelle loi.

Cet article dispose ainsi : « Le vendeur et le créancier gagiste inscrits sur un fonds de commerce peuvent également, même en vertu de titres sous seings privés, faire ordonner la vente du fonds qui constitue leur gage huit jours après sommation de payer faite au débiteur et au tiers détenteur, s'il y a lieu, demeurée infructueuse. La demande est portée devant le tribunal de commerce dans le ressort duquel s'exploite ledit fonds, lequel statue comme il est dit aux paragraphes 5, 6, 7 et 8 de l'article précédent.

On voit l'analogie. Néanmoins, la procédure de réalisation organisée par l'article 16 reste une procédure très simplifiée. Elle déroge sur deux points aux règles ordinaires des voies d'exécution de droit commun : elle permet au vendeur et au créancier gagiste d'agir en vertu de titres même sous seings privés ; elle les dispense de faire commandement n'exigeant de leur part qu'une ou, le cas échéant, deux sommations. La dispense du titre exécutoire et la possibilité d'agir en vertu de titres même sous seings privés peuvent s'expliquer par le désir du législateur d'éviter au vendeur et au gagiste des lenteurs qui pourraient leur être préjudiciables. « Nous sommes dans une matière qui

(1) V. Garsonnet, *Traité théorique et pratique de procédure*, t. IV, n° 775.

requiert essentiellement célérité, disait le rapporteur au Sénat. Il ne faut pas que le sort du fonds de commerce reste longtemps incertain, il faut au contraire abréger autant que possible cette période de la réalisation durant laquelle, au préjudice de tous, il ne peut que périlcliter. » D'autre part, l'intervention du tribunal auquel le créancier doit nécessairement recourir remplacera la garantie résultant du titre exécutoire et empêchera qu'il puisse être procédé à une expropriation à la légère.

Dispensés du titre exécutoire, le créancier gagiste et le vendeur devaient l'être aussi du commandement, celui-ci ne pouvant procéder que de celui-là. Le commandement est donc remplacé par une simple sommation de payer faite au débiteur. Si le créancier gagiste ou le vendeur agissant en vertu de leurs droits de suite poursuivent la réalisation contre un tiers acquéreur, la sommation devra être faite non seulement au débiteur principal, mais aussi à ce tiers-acquéreur lui-même.

A ce propos, se pose la question de savoir si la sommation de payer faite au tiers détenteur ne lui laisse que la faculté de désintéresser le créancier poursuivant, ou bien si elle lui permet également de délaisser. L'article 16 ne parle que de sommation de payer. Néanmoins, nous pensons que dans ce cas le tiers détenteur aura également la faculté de délaisser. Ici, comme en matière immobilière, le tiers détenteur du fonds n'est tenu que *propter rem*, il doit donc, nous semble-t-il, avoir au même titre et pour les mêmes raisons que le détenteur de l'immeu-

ble hypothéqué, l'option entre le paiement et le délaissement pour éviter l'expropriation. Dans ce cas, il y aura lieu pour le créancier poursuivant de demander au tribunal la nomination d'un administrateur provisoire du fonds, comme cela est prévu dans l'article 15. La vente sera poursuivie contre cet administrateur provisoire comme elle est poursuivie en matière immobilière contre le curateur à l'immeuble délaissé.

Huit jours après la sommation faite au débiteur et au tiers détenteur, s'il y a lieu, la vente peut être poursuivie par le vendeur et le créancier gagiste, s'ils n'ont pas été payés. Ils doivent alors faire ordonner cette vente par justice, le contrôle du tribunal ayant été exigé là par le législateur pour les raisons que nous avons dites. Il convient de noter ici un conflit de délais qui pourra se produire et que le législateur ne semble pas avoir prévu. A partir de la sommation de payer à lui faite, le tiers acquéreur d'un fonds a quinze jours pour notifier son contrat aux créanciers inscrits, dans le but de purger le fonds et de se garantir des poursuites de ces créanciers (art. 12). Or, nous venons de voir que huit jours après la même sommation, le créancier inscrit poursuivant pourra demander au tribunal la vente du fonds. Ce sera donc dans ce cas aux tribunaux à prendre garde et à laisser s'écouler le délai de quinzaine accordé au tiers acquéreur par l'article 22 avant d'ordonner la vente du fonds.

Sous le bénéfice de cette observation, la vente du fonds pourra être poursuivie devant le tribunal suivant des

règles de procédure et de compétence dont nous réservons l'étude pour un paragraphe spécial, dans lequel nous aurons également à examiner les formes mêmes dans lesquelles cette vente sera opérée.

Une dernière question se pose ici. La réalisation directe telle que nous venons de l'étudier doit-elle être réservée strictement au vendeur et au créancier gagiste, seuls visés dans l'article 16, ou bien peut-elle être également exercée par les créanciers chirographaires ? Sans les travaux préparatoires, peut-être pourrait-on admettre les créanciers chirographaires à poursuivre la réalisation directe même en vertu de titres sous seings privés et après une simple sommation, en partant de cette idée qu'en matière de voies d'exécution, il n'y a jamais de différence au point de vue du titre exécutoire entre les créanciers chirographaires et les créanciers hypothécaires ou privilégiés. Il n'y aurait donc pas à en établir une ici, surtout dans une loi qui fait aux créanciers chirographaires une situation exceptionnelle en leur accordant un droit de suite.

Mais les travaux préparatoires ne permettent pas cette extension. Si l'on se reporte à la première rédaction de la loi proposée au Sénat, dans laquelle notre article 16 actuel était l'article 14, on voit dans cet article 14 que le législateur entendait établir une différence bien marquée à ce point de vue entre les créanciers chirographaires et les créanciers privilégiés, vendeur ou gagistes. L'article 14 s'exprimait ainsi : « Tout créancier, en vertu d'un titre exécutoire, peut, vingt-quatre heures après le commande-

ment de payer, poursuivre la vente du fonds de son débiteur. Ce droit appartient aussi, même en vertu de titres sous seings privés, au vendeur et au créancier gagiste inscrits sur un fonds de commerce, huit jours après une sommation de payer demeurée infructueuse, contre le débiteur et même contre le tiers acquéreur. »

Ainsi le créancier chirographaire pouvait poursuivre directement la vente du fonds, mais seulement en vertu d'un titre exécutoire et après un commandement. La dispense du titre exécutoire et du commandement était expressément réservée au vendeur et au gagiste. Le début de l'ancien article 14 a été supprimé dans le nouvel article 16 sans que ni les travaux préparatoires, ni la discussion au Parlement ne nous en expliquent la raison. Il faut cependant en retenir l'indication donnée par le législateur et décider, croyons-nous, que les créanciers chirographaires pourront bien poursuivre la réalisation directe du fonds, mais qu'il leur faudra, pour ce faire, avoir un titre exécutoire et faire précéder leur demande de vente d'un commandement. Mais à cette condition nous pensons qu'ils pourront directement demander au tribunal la vente du fonds sans être obligés de recourir à la réalisation indirecte que nous étudions plus loin. Leur refuser ce droit, sous prétexte que l'article 16 ne parle que du vendeur et du créancier gagiste inscrits, serait à notre avis contraire à l'esprit même de la loi et à la préoccupation constante qui a été celle du législateur, ainsi que cela ressort des travaux préparatoires, de simplifier à l'excès la procédure.

On se rappelle la déclaration du rapporteur « nous sommes dans une matière qui requiert célérité ». On verra plus loin à quels points tous les délais ont été abrégés et quel minimum de temps est laissé aux tribunaux pour rendre leurs décisions sur les demandes de réalisation. On verra également que l'article 18 organisant la réalisation que nous avons appelée « simplifiée » n'a été écrit que pour fusionner deux procédures en une seule. Ce serait un résultat absolument inverse que l'on atteindrait ici en interprétant restrictivement les termes de l'article 16 et en réservant la réalisation directe au vendeur et aux créanciers inscrits.

A notre avis, si l'article 16 ne parle que d'eux, c'est parce qu'il les dispense du titre exécutoire et du commandement, mais nous le répétons, ce ne doit pas être une raison pour refuser aux créanciers chirographaires munis de titre exécutoire le droit de s'adresser directement au tribunal pour obtenir la vente du fonds, sans passer auparavant par la réalisation indirecte que nous allons maintenant étudier.

B. — *Réalisation indirecte ou demande de réunion des éléments du fonds (art. 15 et 20).*

Nous avons vu en étudiant ce que nous avons appelé la réalisation directe du fonds, que l'article 16 s'était inspiré d'un procédé imaginé par la pratique pour suppléer à l'insuffisance de la loi. Souvent cependant, il arrivait que le créancier poursuivant la saisie-exécution ne pouvait s'a-

dresser immédiatement au tribunal pour faire ordonner l'adjudication par devant notaire de l'ensemble du fonds. Il en était empêché dans le cas suivant qui est ainsi analysé par M. Garsonnet dans son *Traité théorique et pratique de procédure* (1) : « Sur la saisie-exécution poursuivie contre lui, le débiteur propriétaire du fonds » sollicite un délai de grâce, ou allègue pour obtenir la discontinuation des poursuites qu'il y a intérêt, pour les créanciers comme pour lui, à ce que le fonds soit vendu avec le matériel et pour un seul et même prix. Le tribunal ou le président statuant en référé lui accorde un délai pour mettre ce fonds en adjudication par devant notaire et le prix est payé directement aux créanciers, soit en vertu d'une délégation consentie par le débiteur à leur profit et insérée dans l'acte de vente, soit au moyen d'une saisie-arrêt pratiquée sur l'heure entre les mains de l'adjudicataire. Les créanciers peuvent même requérir du tribunal ou du président la subrogation éventuelle dans les poursuites, en vue du cas où le débiteur ne tiendrait pas l'engagement qu'il a pris de mettre le fonds en adjudication par devant notaire et pour pouvoir le faire vendre à leur requête à l'expiration du délai imparti au débiteur. Ils peuvent aussi, en présence d'un débiteur dont la bonne foi est suspecte, demander et obtenir par le même jugement ou par la même ordonnance de référé que le fonds soit mis sous séquestre en vertu de l'article 1961-1^o et 3^o du Code civil

(1) Garsonnet, *Traité théorique et pratique de procédure*, n^o 775.

qui permet d'agir ainsi à l'égard des meubles saisis sur un débiteur ou des choses qu'il offre pour sa libération. »

Ainsi, dans la pratique, en cas de saisie-exécution des objets corporels faisant partie d'un fonds de commerce, le débiteur et les créanciers pouvaient demander la vente du fonds tout entier. Le législateur de 1909 retenant cette pratique la consacre expressément dans l'article 15 de la nouvelle loi. « Tout créancier qui exerce des poursuites de saisie-exécution et le débiteur contre lequel elles sont exercées peuvent demander devant le tribunal de commerce dans le ressort duquel s'exploite le fonds la vente du fonds de commerce du saisi avec le matériel et les marchandises qui en dépendent. Sur la demande du créancier poursuivant, le tribunal de commerce ordonne qu'à défaut de paiement dans le délai imparti au débiteur, la vente du fonds aura lieu à la requête dudit créancier après l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 17 de la présente loi. Il en sera de même si, sur l'instance introduite par le débiteur, le créancier demande à poursuivre la vente du fonds. S'il ne le demande pas, le tribunal fixe le délai dans lequel la vente devra avoir lieu à la requête du débiteur, suivant les formalités édictées par l'article 17 ci-après, et il ordonne que, faute par le débiteur d'avoir fait procéder à la vente dans ledit délai, les poursuites de saisie-exécution seront reprises et continuées sur les derniers errements. »

Examinons ici les diverses situations auxquelles peut donner naissance l'application de cet article. Sur la pour-

suite de saisie-exécution, la demande de vente globale du fonds peut être demandée soit par le créancier poursuivant, soit par le débiteur poursuivi.

Si c'est par le créancier, le tribunal impartit au débiteur un délai pour payer et décide qu'à l'expiration de ce délai, adé faut de paiement, la vente du fonds aura lieu à la requête du créancier, après l'accomplissement des formalités de l'article 17 (art. 15, al. 2). Sur ce point, pas de difficulté.

Si c'est par le débiteur, deux cas peuvent se présenter, prévus l'un et l'autre par l'article que nous étudions. Ou bien le créancier poursuivant, sur la demande formée par le débiteur de vendre le fonds en bloc, demandera lui-même à poursuivre cette vente, ou bien il ne le demandera pas. S'il ne le demande pas, la situation est très nette encore et ne prête pas à controverse. Elle est réglée par l'alinéa 4 de notre article. Dans ce cas le tribunal ordonnera que le fonds sera vendu à la requête du débiteur dans les formes édictées par l'article 17 de la loi et en même temps il fixera au débiteur un délai pour procéder à cette vente. Par le même jugement, il ordonnera enfin que, faute par le débiteur d'avoir fait procéder à la vente dans ledit délai, les poursuites de saisie-exécution seront reprises et poursuivies sur les derniers errements de la procédure.

Mais que se passera-t-il si, sur la demande formée par le débiteur de poursuivre la vente globale du fonds, le créancier émet également la même prétention ? A qui dans

ce cas devra-t-on donner la préférence pour poursuivre la vente, au débiteur ou au créancier ?

Sur ce point, M. Bouvier-Bangillon soutient que, même dans ce cas, le créancier poursuivant n'aura la direction des poursuites que si le débiteur n'agit pas lui-même. Le tribunal devra donc, d'après lui, ordonner que le fonds sera vendu à la requête du débiteur et impartir à ce dernier un délai pour procéder à la vente ; il décidera en même temps que, dans le cas où le débiteur n'aura pas fait vendre dans le délai impart, la vente sera poursuivie à la requête du créancier. Mais ce dernier n'aura la direction des poursuites que si le débiteur laisse passer le temps qui lui a été donné pour faire vendre lui-même. Sans doute, dit-il, les mots « de même » de l'alinéa 3 de l'article 15 semblent contredire cette façon de voir et laisser entendre, en se référant à l'alinéa précédent, que dans ce cas les poursuites devront être exercées par le créancier. Mais il ne faut pas prendre ces mots à la lettre. Il n'y a pas de raison de préférer sur ce point le créancier au débiteur et d'enlever à celui-ci la direction des poursuites qu'il a été le premier à demander. D'autre part, le système qui consiste à laisser au débiteur la préférence cadre mieux avec le système imaginé par la pratique et sur lequel, il ne faut pas l'oublier, notre article 15 est calqué. Dans ce système en effet, quand le débiteur demandait à faire vendre le fonds, les créanciers ne pouvaient demander que leur subrogation éventuelle, dans les poursuites de vente, en vue du cas où le débiteur ne vendrait pas dans le délai

imparti. Tout en reconnaissant que la loi, écrite de façon peu claire, laisse un gros doute sur ce point, M. Bouvier-Bangillon conclut donc que si le débiteur demande à poursuivre la vente globale du fonds, le tribunal devra lui accorder le bénéfice de direction des poursuites pour ne le laisser au créancier que dans le cas où le débiteur n'en profiterait pas dans le délai fixé.

Nous serions, pour notre part, enclins à adopter la solution inverse. D'abord, l'alinéa 3 de l'article 15 nous semble formel en faveur de notre thèse. Il renvoie expressément à l'alinéa 2. « *Il en sera de même*, dit-il, si, sur l'instance introduite par le débiteur, le créancier demande à poursuivre la vente du fonds. » Il en sera de même, c'est-à-dire qu'on impartira au débiteur un délai *pour payer*, et qu'à défaut par celui-ci de l'observer, la vente aura lieu à la requête du créancier. Il faut d'ailleurs remarquer que dans l'alinéa 2 auquel renvoie l'alinéa 3, il n'est pas question d'un délai impartie au débiteur *pour faire vendre*, mais bien d'un délai *pour payer*. C'est seulement dans l'alinéa 4 que l'on parle du délai qui sera fixé au débiteur *pour faire vendre*. Ce qui semblerait bien prouver que ce soit seulement dans ce cas, c'est-à-dire quand le créancier ne demande pas à poursuivre lui-même, que la loi a voulu laisser diriger la vente par le débiteur. Et puis n'y a-t-il pas avantage à laisser poursuivre la vente par le créancier, et ne peut-on pas penser qu'il mettra dans cette poursuite plus de diligence et plus de zèle que son débiteur ?

A l'étude de l'article 15 organisant la réalisation que

nous avons appelée indirecte, parce qu'elle ne s'opère qu'en passant par la voie de la saisie-exécution, il convient de rattacher l'explication de l'article 20. Celui-ci en effet s'inspire de la même idée que la pratique sur laquelle le législateur a copié l'article 15. Quand un créancier exerce des poursuites de saisie-exécution contre le propriétaire d'un fonds de commerce, nous avons vu qu'il ne peut atteindre que les éléments corporels du fonds. Pourquoi, dans ce cas, lui permettre ainsi qu'au débiteur poursuivi de requérir la vente du fonds entier ? Tout simplement parce qu'il y a intérêt pour tous à ce que le fonds soit vendu en bloc. Les éléments réunis se vendront plus facilement et à de meilleurs prix que les éléments dissociés.

« Les éléments d'un fonds de commerce, disait le rapporteur de la loi au Sénat, acquièrent en général une plus-value du fait de leur groupement en vue d'une destination commune et de l'utilité qui en résulte. Déjà nous avons décidé que le propriétaire du fonds pourrait s'opposer à la vente séparée des marchandises et du matériel et demander que le fonds soit vendu avec tous les éléments qui le composent. Le même droit doit être reconnu aux créanciers inscrits sur le fonds, qui ont intérêt à ce que leur gage ne soit pas fractionné et déprécié. » C'est donc la même idée qui a présidé à la rédaction de l'article 15 et à celle de l'article 20, et l'on peut dire que le premier n'est qu'une application du second, puisqu'il prévoit un cas spécial de réunion des éléments du fonds, dont l'ar-

ticle 20 pose le principe d'une façon beaucoup plus générale.

Qui peut demander la réunion des éléments du fonds ? L'article 20 ne parle que des créanciers inscrits. Ceux-ci sont-ils cependant les seuls qui puissent se prévaloir de cet article ? Nous ne le pensons pas. Nous croyons au contraire qu'il faut accorder le même droit d'abord au propriétaire du fonds saisi, ensuite à tous ses créanciers chirographaires sans distinction.

Ce droit appartient d'abord au propriétaire du fonds saisi. En effet, quand la vente d'un ou de plusieurs éléments séparés du fonds est poursuivie sur saisie-exécution, l'article 15 l'autorise à demander la vente du fonds entier ? Mais l'article 20 ne répète pas cette autorisation pour le cas où la vente des éléments séparés est poursuivie en vertu de la loi nouvelle. L'intérêt est cependant le même pour le propriétaire dans le second cas que dans le premier et les mêmes raisons militent pour lui faire reconnaître le même droit. Nous croyons qu'il ne faut pas voir là un silence volontaire du législateur et que sur toute saisie d'éléments séparés du fonds (soit saisie-exécution, soit saisie en vertu de la loi nouvelle), on doit accorder au propriétaire le droit de demander la vente du fonds entier.

Quant aux créanciers chirographaires, nous estimons encore que le même droit leur appartient, sans qu'il y ait à distinguer s'ils ont un titre exécutoire ou non. En effet, s'ils ont un titre exécutoire, ils peuvent, nous l'avons vu,

sur une saisie-exécution pratiquée par eux, demander la réunion des éléments du fonds. N'ont-ils pas le même intérêt à cette réunion quand la poursuite est pratiquée par autrui ? Pourquoi donc alors leur refuser le droit de la requérir dans ce cas et leur imposer le détour qui consisterait à passer par la voie de la saisie-exécution ? Nous n'en voyons pas la raison. Au contraire, les mêmes motifs qui nous ont déterminé à leur reconnaître le droit de réalisation directe nous inclinent à penser que l'on doit leur accorder même celui de demander la réunion des éléments du fonds.

Enfin, même s'ils n'ont pas de titre exécutoire, ils pourront encore demander la vente en bloc du fonds. En effet, cette demande n'est pas à proprement parler une mesure d'exécution. C'est une action qui est donnée aux créanciers et au débiteur lui-même dans l'intérêt de tous, pour permettre que le fonds atteigne à la réalisation son maximum de valeur. Cette action rentre dans la catégorie de celles que tout créancier, même sans titre exécutoire, peut exercer au nom de son débiteur en vertu de l'article 1166 du Code civil. Il s'agit là pour eux de défendre leur gage, d'éviter un amoindrissement de sa valeur dont ils sont menacés par l'inaction de leur débiteur. Ils pourront donc selon nous exercer ce droit, que leur débiteur n'exerce pas, et en vertu de l'article 1166, demander en son nom la vente globale du fonds.

La demande de vente en bloc du fonds pourra être formée par les personnes que nous venons de dire toutes

les fois qu'il sera procédé à la vente d'un ou plusieurs éléments séparés. Cela pourra se produire soit à la suite d'une saisie-exécution, soit à la suite d'une réalisation pratiquée en vertu de la loi nouvelle. A la suite d'une saisie-exécution, parce que cette saisie ne peut jamais atteindre que les objets corporels ; à la suite d'une réalisation pratiquée en vertu de la loi nouvelle, parce que, nous l'avons vu, soit par la volonté des parties, soit par l'interdiction de cette même loi, la compréhension du fonds est essentiellement variable et que dans certains cas elle pourra se réduire même à un seul élément.

Dans tous les cas, le droit pour les créanciers de s'opposer à la vente des éléments séparés du fonds est limité. Le législateur n'a pas voulu que cette vente fut tenue indéfiniment en suspens. Il prescrit donc dans l'article 20 au créancier qui la poursuit de faire des notifications aux créanciers inscrits, et à ces derniers il impartit un délai de dix jours à dater de ces notifications pour formuler leur demande de réunion des éléments du fonds. Passé ce délai, ils seront forclos de ce droit et l'on pourra procéder à la vente des éléments séparés.

La loi ne prescrit de faire ces notifications qu'aux créanciers qui se seront inscrits quinze jours au moins avant la notification. Bien que nous ayons reconnu aux créanciers chirographaires munis de titre exécutoire et au propriétaire du fonds le droit de demander la vente en bloc, on conçoit que le législateur n'ait prescrit ni pour les uns ni pour les autres les notifications. Pour le pro-

priétaire du fonds elle serait inutile : il connaît la situation, puisque par hypothèse on poursuit la réalisation contre lui. Quant aux créanciers chirographaires le poursuivant ne les connaît pas ; on ne pourrait donc l'astreindre à une pareille obligation envers eux. Mais, quand ils auront connaissance de la vente des éléments séparés du fonds, rien ne les empêchera d'en demander la réunion.

Quelle sera la sanction du défaut des notifications prescrites par l'article 20 ? Il faut distinguer suivant que le défaut de notification s'est produit au cours d'une réalisation poursuivie en vertu de la loi nouvelle ou bien au cours d'une saisie-exécution. Si c'est au cours d'une saisie-exécution, le créancier inscrit conserve son droit de suite, même s'il portait sur les éléments dissociés. Néanmoins, du fait de la dissociation, il subira dans tous les cas un préjudice : les éléments sur lesquels porte son droit par suite de la disjonction se vendront dans de moins bonnes conditions. Si c'est au cours d'une réalisation poursuivie en vertu de la loi nouvelle, le droit de suite du créancier inscrit tantôt sera purgé (s'il portait sur les éléments dissociés et si les conditions exigées pour la purge sont réalisées), tantôt ne le sera pas (s'il ne portait pas sur les éléments dissociés ou si les conditions pour la purge n'ont pas été remplies). Mais, qu'il le soit ou non, là encore, dans tous les cas, il y aura préjudice pour le créancier inscrit : si son droit est purgé parce que les éléments sur lesquels il portait se sont moins bien vendus par suite de la dissociation ; s'il n'est pas purgé, parce que les éléments sur

lesquels il porte encore se vendront moins bien pour la même raison.

Le créancier inscrit à qui les notifications n'ont pas été faites peut-il demander réparation du préjudice qu'il a subi ? Il faut rechercher à qui incombent le défaut de notification. Si c'est par la faute du créancier inscrit, qui a par exemple omis de faire une élection dans son inscription, il est bien évident qu'il n'a pas de recours. Si, au contraire, c'est par la faute du greffier qui a omis de le désigner dans l'état délivré par lui au poursuivant, il exercera son recours contre le greffier. Si, au contraire, c'est par la faute du poursuivant qui, malgré les indications exactes reçues, a omis de faire la notification, il aura son recours contre le poursuivant.

La seule condition mise par le législateur à l'exercice par les créanciers inscrits de leur droit de demander la réunion des éléments du fonds est qu'ils forment leur demande dans les dix jours des notifications dont nous venons de parler. La loi n'exige même pas que leurs créances soient échues : « que sa créance soit ou non échue », dit l'article 20. D'ailleurs, cette dispense au fond n'en est pas une. En effet, dans l'hypothèse de l'article 20, la créance sera toujours échue ; si elle ne l'est pas par l'arrivée du terme, elle le sera par sa déchéance, car la déconfiture entraîne cette déchéance, et comme nous sommes dans le cas d'une expropriation poursuivie contre le débiteur, cette expropriation fait présumer sa déconfiture.

Dans le cas de l'article 15 et dans celui de l'article 20, la

vente du fonds total se poursuit et s'opère suivant les mêmes règles de compétence, de procédure et de forme que dans le cas de l'article 16. Nous renvoyons également ici sur ce point au paragraphe spécial dans lequel nous traiterons ces diverses règles.

C. — *Réalisation simplifiée.*

Le créancier chirographaire qui n'a pas de titre exécutoire ne peut pas poursuivre directement la vente du fonds en vertu de l'article 16 ; il ne peut pas davantage user de l'article 15 puisque cet article suppose d'abord une saisie-exécution. Fallait-il donc décider que le créancier chirographaire, pour poursuivre la vente du fonds, devrait d'abord se munir de ce titre et l'obliger par conséquent à faire un premier procès en paiement à son débiteur, pour ensuite lui en faire un second en réalisation du fonds ? Le législateur ne l'a pas voulu. « Une double procédure, dit M. Cordelet dans son rapport au Sénat, serait en ce cas inutile et ne pourrait qu'entraîner des lenteurs et des frais frustratoires. »

On a donc organisé un système de réalisation que nous appelons réalisation simplifiée, parce qu'elle a précisément pour but de supprimer cette double procédure inutile et qu'elle permet d'atteindre par une seule instance le résultat qui, sans elle, en eût demandé deux. C'est l'article 18 qui règle ce nouveau cas de réalisation dans les termes suivants : « Le tribunal de commerce, saisi de la demande en paiement d'une créance se rattachant à

l'exploitation du fonds, peut, s'il prononce une condamnation et si le créancier le requiert, ordonner par le même jugement la vente du fonds..... » Le tribunal aura donc dans ce cas la faculté de prononcer par un même jugement, sur la demande du créancier, la condamnation au paiement et la mise en vente du fonds. Cette mise en vente ne sera pas immédiate ; dans son jugement, le tribunal doit impartir au débiteur un délai pour payer et c'est seulement à défaut de paiement dans le délai fixé qu'il pourra être procédé à la réalisation.

Tous les créanciers chirographaires sans exception peuvent-ils se prévaloir de l'article 18 et poursuivre la réalisation simplifiée du fonds ? Non, le législateur a mis une condition à l'application de cet article, c'est que la créance dont on poursuit le recouvrement se rattache à l'exploitation du fonds. Pourquoi cette réserve ? On peut supposer au législateur la raison suivante. Nous sommes ici en présence d'une procédure qui, nous le verrons plus loin, comme toutes celles visant la réalisation du fonds, ne peut être poursuivie que devant le tribunal de commerce. Il faut donc pour la suivre que ce tribunal soit compétent. Or quand il s'agira d'une créance se rattachant à l'exploitation du fonds, il le sera, car cette créance sera elle-même commerciale en vertu de la théorie de l'accessoire.

Mais on peut parfaitement supposer que le tribunal soit compétent pour une créance ne se rattachant pas à l'exploitation du fonds, par exemple une lettre de change,

ou à l'inverse, qu'il soit incompétent pour une créance se rattachant à cette exploitation, par exemple l'achat ou la location d'un immeuble pour exploiter le fonds. Dans ce cas que décider ? M. Bouvier-Bangillon estime que le législateur a statué là *de eo quod plerumque fit*. Il pense donc qu'il faut faire prédominer l'esprit de la loi sur la lettre et donne la solution suivante. Pour qu'il y ait lieu à l'application de l'article 18, il faudra, mais il suffira que le tribunal de commerce soit compétent.

Peut-être pourrait-on dire tout simplement que sans prévoir la difficulté soulevée ici, le législateur a voulu établir une distinction entre les créances et ne faire bénéficier de l'article 18 que celles qui se rattachent à l'exploitation du fonds, comme d'ailleurs il leur avait déjà réservé, sans raison bien apparente, le bénéfice de l'article 13 alinéa 4, visant à leur profit un cas spécial de déchéance du terme ? Dans ce cas l'article 18 devrait être interprété strictement. Quoi qu'il en soit de l'interprétation qu'on adopte sur l'article 18, dans un système comme dans l'autre, toutes les créances se rattachant à l'exploitation du fonds et qui ne peuvent être réclamées que devant le tribunal civil seront privées du bénéfice de cet article, puisque seul le tribunal de commerce peut ordonner la vente du fonds.

§ 3. — Compétence. — Procédure. — Formalités de vente.

Absence de surenchère. — Folle enchère.

Quelle que soit la forme de réalisation suivie pour par-

venir à la vente du fonds, les règles de compétence, de procédure et de formalités de vente sont les mêmes. Nous avons donc préféré dans un intérêt de clarté et pour éviter des redites en réserver l'examen pour la fin de cette étude. La question de compétence est prévue dans chacun des articles 15, 16, 18 et 20. L'article 15 règle la procédure et l'article 17 les formalités de vente et sur ces deux points les articles 16, 18 et 20 se réfèrent expressément à eux.

Dans la première proposition de loi présentée au Sénat, la compétence en matière de réalisation de fonds de commerce était exclusivement attribuée au président du tribunal civil siégeant en référé. Dans un cas seulement, celui que nous avons appelé la réalisation simplifiée, c'était le tribunal de commerce qui ordonnait la vente du fonds. En dehors de là, les demandes de réalisation poursuivies soit directement par les créanciers inscrits, soit indirectement sous forme de demande de réunion des éléments du fonds, devraient être portées devant le président des référés. Sur divers amendements déposés par M. Vallé et à la suite de longues discussions intervenues au Sénat, soit au cours de la première, soit au cours de la seconde délibération, la compétence unique du tribunal de commerce a été substituée à celle du président du tribunal civil. Nous n'entrerons pas ici dans l'analyse détaillée des discussions qui ont provoqué cette modification. Nous nous bornerons à résumer très brièvement les raisons invoquées de part et d'autre à l'appui des deux thèses absolues qui

se trouvaient en présence. En faveur de la compétence commerciale, M. Vallé présentait les observations suivantes :

« La vente et le nantissement des fonds de commerce sont choses essentiellement commerciales et les difficultés qui peuvent naître à leur occasion doivent être du ressort des tribunaux consulaires. D'ailleurs, il en a toujours été ainsi. L'article 93 du Code de commerce dispose que la réalisation du gage se fera sous la surveillance du président du tribunal de commerce, et l'article 486 du même Code prescrit à son tour qu'en matière de faillite la réalisation de l'actif, effets mobiliers ou marchandises, sera autorisée par le juge-commissaire qui décidera si la vente se fera à l'amiable ou aux enchères publiques. Sans doute, la matière est urgente et requiert célérité ; mais en cas d'urgence, on peut assigner de jour à jour, et même d'heure à heure, devant le tribunal de commerce (art. 417, C. proc. civ.). La procédure de référé, avec constitution d'avoué, sera plus dispendieuse, et le juge de référé, en ordonnant la vente du fonds, excédera sa compétence, limitée à des mesures provisoires, puisqu'il rendra une décision définitive. En vain, on oppose à la compétence du tribunal de commerce l'article 442 du Code de procédure civile, aux termes duquel les tribunaux de commerce ne peuvent pas connaître de l'exécution de leurs jugements. Ordonner la vente d'un fonds, ce n'est pas connaître de l'exécution d'un jugement, puisque souvent, par exemple lorsque le vendeur gagiste agit en vertu d'un acte sous

seing privé, ce n'est pas en exécution d'un jugement que la vente sera poursuivie. Le tribunal de commerce est plus que tout autre compétent pour fixer, suivant les usages du commerce, les conditions dans lesquelles la vente du fonds devra être effectuée. Enfin, les commerçants demandent à conserver les juges qu'ils ont eux-mêmes choisis et qui présentent toutes les garanties de compétence et d'honorabilité. Pourquoi les leur enlever, alors qu'il s'agit de litiges purement commerciaux ? »

A cette théorie, M. Legrand, président de la commission, répondait en soutenant ainsi le texte proposé : « Il est inexact de prétendre que la proposition de loi dessaisit le tribunal de commerce d'attributions qui lui appartiennent. Il est de principe, en effet, que les tribunaux de commerce, juridiction d'exception, ne connaissent pas de l'exécution de leurs jugements (art. 442, C. proc. civ.), et à plus forte raison de l'exécution des autres titres ayant force exécutoire (actes de vente ou de nantissement en la forme authentique). L'article 93 du Code de commerce n'attribue pas compétence aux tribunaux de commerce pour ordonner la vente d'un fonds. Il statue dans le cas d'un gage corporel dont le créancier a la possession ; et c'est ce qui explique pourquoi, dans son paragraphe premier, il décide qu'à défaut de paiement à l'échéance, le créancier peut, huit jours après une simple signification faite au débiteur et au bailleur du gage, s'il y en a un, faire procéder à la vente publique des objets remis en gage. Le droit pour le créancier de faire vendre le gage commercial qu'il détient

et qui consiste en général en des marchandises, dérive donc de la loi elle-même, sans qu'aucune juridiction ait à intervenir, à la différence du gage civil, dont la vente ne peut être ordonnée que par justice (art. 2078, C. civ.). S'il ne s'agit pas de valeurs que les agents de change seuls peuvent être chargés de vendre, la vente a lieu, en principe, par le ministère des courtiers, et le créancier ne s'adresse au président du tribunal de commerce que s'il y a lieu de commettre un autre officier public. C'est la seule portée de l'article 93.

Les demandes en mainlevée de saisie-exécution, en mainlevée ou validité de saisie-arrêt, même pratiquées pour des causes commerciales, ressortissent à la juridiction civile.

La loi du 10 juillet 1885 sur l'hypothèque maritime dispose (art. 23) qu'en cas de saisie du navire donné en gage, le saisissant assignera le propriétaire devant le tribunal civil pour voir dire qu'il sera procédé à la vente des choses saisies. Il en est de même dans le cas de surenchère (art. 21).

Le président du tribunal civil est compétent pour statuer dans toutes les matières d'exécution, sur toutes les difficultés touchant à l'exécution, parce que le juge de référé est compétent d'une manière générale dans les questions qui requièrent célérité. La réalisation du gage, c'est-à-dire sa vente forcée, est bien une mesure d'exécution par excellence. Actuellement, il arrive tous les jours qu'au cours d'une saisie-exécution qui ne peut atteindre

que le matériel et les marchandises dépendant du fonds de commerce, le propriétaire de ce fonds demande au président du tribunal civil un délai pour vendre, en même temps que le matériel et les marchandises, les autres éléments du fonds, c'est-à-dire le fonds tout entier. Et, dans ce cas, le tribunal de commerce et le président du tribunal de commerce seraient essentiellement incompétents. De même si le prêt garanti par le nantissement n'est pas un acte commercial à l'égard du prêteur, celui-ci a toujours le droit de s'adresser au tribunal civil pour obtenir un titre exécutoire et faire ordonner la vente du fonds.

La procédure de référé est non seulement rapide, mais encore peu coûteuse. En quoi les frais seront-ils diminués par l'attribution de compétence au tribunal de commerce ? Dans les deux cas, qu'il s'agisse d'une juridiction ou de l'autre, des formalités (affiches, cahiers des charges, etc.) seront nécessaires.

Enfin la procédure devant le tribunal de commerce facilitera l'intervention des agents d'affaires, des intermédiaires qui exigeront des courtages et des honoraires supérieurs à ceux des officiers ministériels. »

Quoi qu'il en soit de tous les arguments que nous venons de résumer ici, c'est le système préconisé par M. Vallé qui a été adopté et la compétence en matière de fonds de commerce se trouve aujourd'hui exclusivement attribuée aux tribunaux consulaires. On n'a maintenu que dans un seul cas la compétence du juge des référés. En vertu de l'article 17, *in fine*, c'est lui qui statuera sur

les moyens de nullité de la procédure de vente antérieure à l'adjudication et sur les dépens.

Que faut-il penser de cette substitution de la juridiction consulaire au président des référés ? On l'a vu, les deux grands arguments invoqués par la commission en faveur du juge des référés sont l'un d'ordre théorique, l'autre d'ordre pratique. Le premier c'est que les tribunaux de commerce (art. 442, C. proc. civ.) et d'une façon générale les tribunaux d'exception ne doivent pas connaître de l'exécution de leurs jugements ; le second, c'est que la juridiction des référés sera en cette matière, qui requiert célérité, beaucoup plus rapide que la juridiction commerciale.

A notre avis, l'argument tiré de l'article 442 n'est pas sans réponse. En effet si les tribunaux d'exception, d'une façon générale, ne connaissent pas de l'exécution de leurs jugements, c'est que les voies d'exécution, d'une façon générale aussi, restent les mêmes qu'il s'agisse de créances civiles ou de créances commerciales. Mais quand la voie d'exécution présente un caractère spécial, le tribunal d'exception, si le législateur l'a jugé utile, peut parfaitement être compétent. C'est l'application de cette idée qui a été faite dans l'article 486 du Code de commerce d'après lequel c'est le juge-commissaire de la faillite qui décide de la vente des effets mobiliers et des marchandises d'un failli. Dans le cas qui nous occupe, en présence du caractère essentiellement commercial du fonds de commerce, il n'y avait donc pas d'impossibilité

juridique à soumettre la question de réalisation à la compétence de la juridiction consulaire.

Mais cela était-il préférable pratiquement ?

Nous ne le pensons pas. Le président des référés eût été aussi apte que tout juge-consulaire à apprécier l'opportunité de la vente d'un fonds et les conditions dans lesquelles il doit être vendu. D'autre part, malgré toutes les règles nouvelles édictées par la loi dans un but de célérité, nous pensons qu'on aurait encore gagné en vitesse en lui laissant la connaissance de ces questions de réalisation.

Quelle sera la procédure suivie devant le tribunal de commerce pour parvenir à la vente du fonds ? « Nous sommes dans une matière qui requiert essentiellement célérité, disait M. Cordelet dans un passage de son rapport déjà cité. Le sort du fonds de commerce ne peut pas rester longtemps incertain ; il faut que la décision qui en ordonne la vente ait lieu ensuite à bref délai, pour abréger autant que possible la période pendant laquelle le fonds ne peut que périlcliter. » La procédure de réalisation organisée devant le tribunal de commerce est toute entière inspirée de cette préoccupation. La demande est formée par voie d'assignation et le tribunal doit statuer dans la quinzaine de la première audience. « Il nomme s'il y a lieu, un administrateur provisoire du fonds (1),

(1) Cette nomination n'aura guère lieu que dans le cas où le saisi sera supposé de mauvaise foi et qu'il y aura lieu de se méfier de lui, pour assurer la marche du fonds dans l'intervalle. Elle pourra également avoir lieu, si l'on admet notre façon de voir sur ce point, dans le cas où le tiers détenteur usera de la faculté de délaisser que nous lui avons reconnue.

fixe les mises à prix, détermine les conditions principales de la vente, et commet pour y procéder l'officier public qui dresse le cahier des charges (art. 15, al. 5).

Quel sera l'officier public compétent? La loi ne le dit pas et nulle part elle ne se prononce sur les discussions que, dans la section précédente, nous avons vu s'être élevées sous le régime de la loi de 1898 à propos de la nature juridique du fonds. Les travaux préparatoires (1) rappellent bien la controverse, mais le rapporteur déclare expressément que sur cette question il n'a pas à prendre parti. Dans le silence de la loi, nous estimons qu'il faut maintenir les solutions admises précédemment et attribuer en matière de ventes publiques de fonds de commerce une compétence exclusive aux notaires.

Comment la mise à prix devra-t-elle être fixée? La loi dans l'article 20 (demande de réunion des éléments du fonds par un créancier inscrit) dispose que le matériel et les marchandises seront vendus en même temps que le fonds sur des mises à prix distinctes. Nous pensons que la nécessité d'une mise à prix distincte pour les divers éléments doit être étendue à tous les cas où réalisation est poursuivie soit par le vendeur, soit par les créanciers nantis.

En effet, en cas de vente amiable du fonds, des prix distincts doivent être établis pour les éléments incorporels du fonds, le matériel et les marchandises (art. 1^{er}, al. 1)

(1) Voyez rapport de M. Cordelet au Sénat (Sess. ord. 1905. Séance du 21 mars, année n° 73).

et le privilège qui garantit chacun de ses prix s'exerce distinctement sur les prix afférents à ces divers éléments (même article, al. 2). Il faut donc également en cas de vente aux enchères, pour permettre l'exercice du privilège du vendeur, qu'il y ait eu une fixation distincte des prix.

Il en sera de même quand la vente sera poursuivie par un créancier nanti. En effet son nantissement ne porte pas sur les marchandises, ensuite il peut être plus ou moins étendu puisque la compréhension du fonds, nous l'avons vu, n'est pas toujours la même, et suivant les cas est susceptible de plus ou de moins. Donc dans ce cas encore il faudra des mises à prix distinctes.

Que décider dans le cas où la réalisation est poursuivie par un créancier chirographaire ? Il semble que dans ce cas, il n'y a pas lieu d'établir des prix distincts, le droit du créancier chirographaire sur le fonds, étant un droit de gage général s'étendant à tous les éléments. Cependant il est un cas où même sur poursuite d'un créancier chirographaire il y aura lieu à fixer des mises à prix distinctes. C'est le cas où le créancier chirographaire agissant en vertu de son droit de suite (art. 5) poursuivra contre un tiers acquéreur la réalisation du fonds, par la surenchère du sixième. Dans ce cas en effet des éléments nouveaux ont pu s'ajouter au fonds entre les mains du nouveau propriétaire, éléments sur lesquels ne portera pas le droit du créancier. Donc dans ce cas spécial encore il faudra fixer des mises à prix distinctes pour les divers éléments.

Quand une publicité extraordinaire paraîtra utile à la

vente du fonds, elle sera réglée par le jugement. Si le jugement ne l'a pas prévue, le créancier poursuivant pourra présenter requête au président du tribunal de commerce qui réglera lui-même par ordonnance cette publicité (article 15, al. 6).

Dans tous les cas, le jugement devra être rendu dans la quinzaine de la première audience. Il ne sera pas susceptible d'opposition et sera exécutoire sur minute. L'appel du jugement est suspensif, mais il doit intervenir dans la quinzaine de la signification à partie et être jugé sommairement par la Cour dans le mois ; l'arrêt est exécutoire sur minute. Ainsi, toutes les décisions de justice doivent être rendues dans le plus court laps de temps ; tous les délais sont abrégés ; toutes les mesures de célérité ont été prises pour arriver promptement à la vente du fonds.

La vente du fonds une fois ordonnée par une décision de justice devenue définitive, suivant quelles formalités va-t-elle être opérée ? C'est l'article 17 qui règle ces formalités. « Le poursuivant fait sommation au propriétaire du fonds et aux créanciers inscrits antérieurement à la décision qui a ordonné la vente, au domicile élu par eux dans leur inscription, quinze jours au moins avant la vente, de prendre communication du cahier des charges, de fournir leurs dires et observations et d'assister à l'adjudication si bon leur semble... (art. 17, al. 1). »

Le poursuivant devra donc d'abord faire les sommations prescrites par la loi. Ces sommations ont pour but de permettre aux créanciers inscrits de prendre connaissance

des conditions dans lesquelles la vente est poursuivie et d'intervenir s'il y a lieu pour sauvegarder leur gage. Elles doivent être faites au saisi propriétaire du fonds et aux créanciers inscrits. Quant aux créanciers chirographaires, bien qu'ils aient un droit de suite qui va se trouver purgé par l'adjudication, la loi n'a pas prescrit pour eux ces sommations qui auraient eu cependant le même intérêt. Mais on comprend le silence observé sur ce point à leur égard. D'abord ils peuvent être très nombreux et cela eût entraîné des frais considérables. D'autre part, on ne les connaît pas et on n'a pas de moyen de les connaître. Enfin la plupart du temps la question ne présentera pas d'intérêt pour eux, car leurs droits à ce moment auront été purgés en vertu de l'article 5.

Quelle sera la sanction du défaut des sommations ? Il faut ici appliquer les mêmes solutions que dans le cas de défaut des notifications prescrites par l'article 20. Si c'est par la faute du greffier que la sommation n'a pas été faite, il y aura purge du droit des créanciers inscrits, mais ceux-ci pourront exercer leur recours contre le greffier. Si c'est par la faute du créancier inscrit, il y aura purge également et cette fois sans recours possible puisqu'il ne pourra s'en prendre qu'à lui-même. Enfin si c'est par la faute du créancier poursuivant, il n'y aura pas purge, mais l'adjudicataire dont le fonds se trouvera encore grevé d'une charge qui sans cela eût été purgée, pourra recourir contre le poursuivant.

L'article 17, dans le but de provoquer les enchères pres-

crit ensuite l'apposition d'affiches et des insertions dans les journaux. Il suffit sur ce point de citer le texte : « La vente a lieu dix jours au moins après l'apposition d'affiches indiquant : les noms, professions, domiciles du poursuivant et du propriétaire du fonds, la décision en vertu de laquelle on agit, une élection de domicile dans le lieu où siège le tribunal de commerce dans le ressort duquel s'exploite le fonds, les divers éléments constitutifs dudit fonds, la nature de ses opérations, sa situation, les mises à prix, les lieu, jour et heure de l'adjudication, les noms et domicile de l'officier public commis et dépositaire du cahier des charges. Ces affiches sont obligatoirement apposées, à la diligence de l'officier public, à la porte principale de l'immeuble et de la mairie de la commune où le fonds est situé, du tribunal de commerce dans le ressort duquel se trouve le fonds et de l'officier public commis. L'affiche sera insérée, dix jours aussi avant la vente, dans un journal d'annonces légales du tribunal de commerce, et, à défaut, du tribunal de l'arrondissement où le fonds est situé. La publicité sera constatée par une mention faite dans le procès-verbal de vente. »

Quand ces formalités préliminaires ont été remplies, on procède, par devant l'officier public désigné, à la vente aux enchères et à l'adjudication du fonds. L'adjudication ainsi faite sur des poursuites exercées en vertu des articles 15, 16, 18 et 20 opère la purge des privilèges qui grevaient le fonds. Après cette adjudication, aucune surenchère n'est possible (art. 21).

Si l'adjudicataire du fonds n'exécute pas les clauses de l'adjudication, le fonds sera revendu à sa folle enchère dans les mêmes formes que celles prescrites par l'article 17. Le fol enchérisseur sera tenu envers les créanciers du vendeur, et le vendeur lui-même, de la différence entre son prix et celui de la revente sur folle enchère, sans pouvoir réclamer l'excédent s'il y en a : Ainsi dispose l'article 19 qui n'est d'ailleurs qu'une transposition de l'article 740 du Code de procédure civile et qui ne nécessite pas d'autre explication.

CONCLUSION

Nous voici parvenu au terme de notre travail. Nous nous sommes efforcé de donner un résumé aussi exact et aussi complet que possible des règles de réalisation de gage dans les divers cas où elles trouvent leur application en matière commerciale. La législation qui régit le gage commercial proprement dit et les marchandises warran-tées donne, nous l'avons vu, depuis 1858 et 1863, à peu près satisfaction complète aux besoins du commerce. Il ne semble donc pas qu'il y ait lieu sur ce point de solliciter des réformes.

Mais que dire des règles de réalisation du fonds de commerce édictées par la loi du 17 mars 1909 ? Loi infiniment complexe qui ouvre dès maintenant le champ aux controverses doctrinales et dont l'application ne tardera pas à l'ouvrir à l'interprétation judiciaire. Donnera-t-elle au commerce les satisfactions attendues et tiendra-t-elle la promesse du rapporteur, déclarant qu'elle avait pour but de mettre fin aux difficultés antérieurement révélées par la pratique ? Il serait prématuré de répondre dès sa naissance à une semblable question. Néanmoins peut-être est-il permis de craindre que le législateur n'ait pris sur ce point ses désirs pour des réalités !

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
BIBLIOGRAPHIE.	vii
INTRODUCTION.	1
CHAPITRE PREMIER. — Réalisation du gage commercial proprement dit.	20
§ 1. — La faculté d'option existe-t-elle en matière com- merciale ?	24
§ 2. — Vente du gage aux enchères	29
§ 3. — Du pacte comissoire.	41
§ 4. — Réalisation du gage en matière de faillite	48
CHAPITRE II. — Réalisation des marchandises déposées dans les magasins généraux	58
CHAPITRE III. — Réalisation du gage établi par la loi au profit de certains établissements de crédit	79
§ 1. — Banque de France.	79
§ 2. — Crédit foncier de France.	83
CHAPITRE IV. — Réalisation des fonds de commerce donnés en nantissement	89
SECTION I. — <i>Réalisation du fonds de commerce nanti sous le régime de la loi du 1^{er} avril 1898.</i>	90
§ 1. — Le débiteur est <i>in bonis</i>	94
§ 2. — Le débiteur est en faillite.	98
SECTION II. — <i>Réalisation du fonds de commerce sous le régime de la loi du 17 mars 1909</i>	102

§ 1. — Question préliminaire. — La réalisation organisée par la loi nouvelle ne peut-elle porter que sur le fonds considéré dans l'ensemble de ses éléments, ou peut-elle se réduire à certains de ses éléments ?	
§ 2. — Divers cas de réalisation du fonds organisés par la loi nouvelle	106
§ 3. — Compétence et procédure. — Formalités de vente. — Absence de surenchère. — Folle enchère. . .	129
CONCLUSION	143

Vu :

Lyon, le 23 juin 1909,
Le Président de la thèse,
EM. COHENDY.

Vu :

Lyon, le 24 juin 1909,
Le Doyen de la Faculté,
FLURER.

Vu et permis d'imprimer :

Lyon, le 23 juin 1909,
Le Recteur de l'Académie,
Président du Conseil de l'Université,
JOUBIN.

Imp. J, Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).
